DE LA IRRETROACTIVIDAD
É
INTERPRETACIÓN DE LAS LEYES

ESTUDIO CRITICO Y DE LEGISLACIÓN COMPARADA

POR

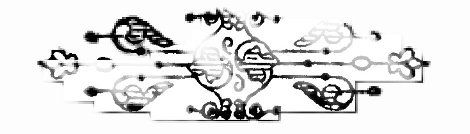
PASQUALE FIORE,

Profesor ordinario de la Real Universidad de Nápoles,

traducido del italiano por

D. ENRIQUE AGUILERA DE PAZ,

Redactor de la *Revista de Legislación*.



MADRID

IMPRENTA DE LA REVISTA GENERAL DE LEGISLACIÓN

á cargo de José María Sardá

Ronda de Atocha, núm. 15, centro

1893

DE LA IRRETROACTIVIDAD DE LAS LEYES

PRELIMINAR

El Derecho positivo, en cuanto rige todas las relaciones que puede haber entre los hombres, sigue las constantes leyes de desarrollo y progreso á que está sometida la misma actividad humana. Esta se desenvuelve bajo la influencia de las circunstancias de lugar y tiempo, de donde resulta que las leyes, siguiendo aquel desarrollo en el campo del derecho privado, no solamente son y deben ser distintas en los diversos países, sino que deben sufrir otras necesarias innovaciones en cada uno para armonizar las exigencias de la justicia natural con las nuevas necesidades y los nuevos intereses que el curso de la vida social crea.

El progreso de la legislación en cada Estado es condición precisa de la vida del Derecho positivo, el cual debe ser la más exacta expresión de las necesidades sociales, teniendo en cuenta el estado de cultura y las circunstancias históricas en que el pueblo se encuentre en cada época.

Es, pues, evidente que las varias instituciones jurídicas tienen que irse transformando sucesivamente. Ningún sistema de leyes podrá realizar lo mejor en absoluto; pero sí lo bueno relativo, es decir, lo mejor, lo que más conviene en determinadas circunstancias de lugar y tiempo. Por consiguiente, cabe afirmar que las leyes son la palabra social de los pueblos; que la historia de las instituciones jurídicas representa la historia de los orígenes, de los progresos, de las transformaciones, de la decadencia y ruina de las instituciones sociales; que las reformas legislativas no deben considerarse como hechos arbitrarios, sino necesarios, porque responden á las condiciones reales de la sociedad, á su estado moral, político, económico, histórico.

Esta progresiva evolución del Derecho positivo obliga á estudiar de qué modo las nuevas leyes deben aplicarse á las relaciones anteriormente establecidas, á sus consecuencias jurídicas y al desarrollo de las relaciones mismas. Las leyes que hayan transformado sustancialmente ó por completo suprimido ciertas instituciones jurídicas, ¿cómo deben aplicarse para regular los derechos que deriven de las mismas instituciones transformadas ó suprimidas?

Este estudio tiene gran interés en los países en que son precisas y frecuentes las reformas legislativas para sustituir añejas leyes por otras más en armonía con los principios científicos y con las nuevas necesidades sociales, como en España sucede. En los períodos de transición entre el antiguo y el nuevo sistema de leyes, las dudas son muchas y más urgente la necesidad de fijar los límites dentro de los que ha de res-

tringirse la autoridad de la ley antigua y de la ley nueva.

En todos los pueblos se hace sentir esa necesidad, puesto que siempre y en todas partes hay que innovar ó modificar el derecho existente, y por tanto, surge siempre la cuestión del derecho transitorio, es decir, la de la retroactividad ó no retroactividad de las nuevas leyes.

El desarrollo constante y progresivo de las múltiples relaciones que nacen entre ciudadanos y extranjeros, nos obliga también á otro orden de investigaciones, acerca de los límites dentro de los que ha de restringirse la autoridad de cada ley. Entre las varias leyes positivas de los diversos países hay que determinar cuál es la que rige cada relación jurídica. ¿A qué ley queda sometida la persona; es decir, según qué ley deben determinarse los derechos de ésta y el ejercicio de los mismos en los diversos territorios? En una palabra, ¿cuál es la línea que demarca el imperio de la ley de cada país?

Las dos cuestiones enunciadas, que entre sí tienen gran conexión, han sido, respecto al Derecho italiano, tratadas en una obra mía. En ella he examinado de qué modo los principios admitidos en el nuevo Código civil italiano de 1866 deben aplicarse á los derechos adquiridos bajo el imperio de leyes anteriores, y cómo la ley italiana ha de aplicarse á los italianos que ejercitan derechos en el extranjero, y á los extranjeros que los ejercitan en Italia.

Me ha parecido oportuno ofrecer el resultado de mis estudios á los jurisconsultos españoles, que con tanta benevolencia han acogido otras obras por mí publicadas, y he procurado dar á ésta un interés general, resumiendo los principios so-

bre retroactividad ó irretroactividad de las leyes nuevas. Con tal propósito, he tenido en cuenta las cuestiones surgidas en Italia y la solución que les dió el legislador mismo ó la jurisprudencia, para discutir la aplicación de los principios generales á un sistema concreto de leyes, de modo que la obra tenga carácter de teoría general. Por esto, he podido darle mayor amplitud, tratando también de la irretroactividad de las leyes penales, asunto que no cabía en mi obra italiana por ser un comentario del Código civil.

El mismo sistema he seguido respecto á la otra cuestión; he procurado exponerla en sentido general, sirviéndome luego de la legislación y de la jurisprudencia italianas para aclarar con ejemplos y estudiar mejor la doctrina.

Tengo plena confianza en que, dada la dificultad y amplitud del asunto, los jurisconsultos españoles me han de dispensar toda su benevolencia. Me he visto obligado á examinar todas las múltiples partes del Derecho positivo desde el punto de vista de su aplicación en el tránsito del antiguo al nuevo sistema de leyes, y lo mismo he debido hacer respecto á la autoridad extraterritorial de la ley de cada país. La gran extensión del tema demuestra y evidencia que mi exposición no puede de ningún modo considerarse más que como una vasta síntesis de los principios generales.

Para los que quieran estudiar más á fondo el asunto, doy noticia de las principales fuentes.

CAPÍTULO PRIMERO

Del Derecho y de la ley en general.

1. Del Derecho en sentido subjetivo.—2. De la relación jurídica.—3. Del Derecho en sentido objetivo.—4. El Derecho y la ley natural y civil.—5. La costumbre como fuente del Derecho.—6. La ley promulgada.—7. Momento desde el cual es obligatoria.—8. Diversos sistemas sobre este particular.—9. Efectos de la fuerza mayor.—10. Fuerza obligatoria de la ley respecto á los ciudadanos residentes en el extranjero.—11. La ley, aun conocida, no es obligatoria antes del vencimiento del término.

1. El *Derecho* puede significar la facultad que una persona tiene de exigir de las otras el respeto y la inviolabilidad de sí propio y de todo aquello que le pertenece. Entendido así, el derecho es personal y denota la *facultas agendi*, que algunos denominan Derecho en sentido subjetivo.

2. La *relación jurídica* dimana de la concurrencia y complicación de derechos particulares. Cada uno de los derechos que forman la relación jurídica debe considerarse como un elemento de ésta, de tal modo, que no se puede separar, ni apreciar aparte, sino en correlación con los diversos elementos que constituyen la relación jurídica, la que, dado este punto de vista, hay que estimar como un organismo. Así, por ejemplo, si se quisiera resolver acerca del derecho de una mujer casada respecto á su marido, autorizada por éste para contraer un préstamo, no se podría juzgar con acierto sin tener presente la relación jurídica en su complejidad, que resulta de la unión personal de los cónyuges, de la autoridad marital, de la válida

autorización, de la oposición de intereses y de todos los demás elementos que concurren á formar la compleja relación jurídica.

3. El *Derecho* se puede también considerar como algo exterior á la persona. En tal sentido, la palabra *derecho* se emplea para significar la base ó fuente del Derecho, es decir, lo que da origen ó fundamento al derecho perteneciente á cada uno, y que sirve como regla ó norma para el desorrollo de la actividad humana y de las relaciones jurídicas que de tal desarrollo derivan. Esto es lo que se denomina Derecho en sentido objetivo, y se puede considerar como la *regula agendi*.

4. Todo derecho concreto encuentra su fundamento en la ley; las relaciones jurídicas derivan de las instituciones jurídicas, las cuales resultan de un conjunto armónico y orgánico de disposiciones que tienen por objeto determinada relación jurídica. Toda institución jurídica es un organismo, y las partes que lo constituyen están dentro de él en correlación. Toda relación jurídica está subordinada á la institución jurídica correspondiente; todo derecho particular se subordina á una norma especial, de la que procede y que lo regula, y no es posible concebirlo más que en relación con ella. Esta norma ó regla es de diversa naturaleza, según es también distinta la naturaleza de los derechos mismos. La división más importante es la de derechos naturales y derechos positivos. Los primeros derivan de la ley natural, cuyos principales y esenciales caracteres son existir y obligar independientemente de toda promulgación, ser universal, es decir, aplicable á todos sin distinción de nacionalidades, y ser inmutable sin que nunca pueda alterarse ni derogarse. Los segundos proceden de la norma dictada en forma de canon, máxima, disposición, uso, etc., por quien tiene poder para hacerlo. Esto es lo que comunmente se llama *derecho positivo*.

5. El derecho positivo existe á veces en la conciencia común de los pueblos y adquiere forma sensible y exterior mediante la uniformidad de actos continuos y repetidos, es decir,

mediante los usos de la vida social y la costumbre. Esto constituye el derecho consuetudinario. La costumbre es la más clara manifestación de las evoluciones del derecho positivo en la conciencia general del pueblo. En ciertos casos puede también considerarse como causa de la ley positiva.

El derecho positivo que resulta de la costumbre jurídica no es norma segura y bien determinada del derecho de los individuos en todos los casos, y por esto no puede aceptarse siempre como regla cierta que someta á su imperio todas las relaciones jurídicas. Esto se logra realmente cuando el derecho recibe su forma externa determinada, que excluye toda duda y que á todos obliga á someterse á él, es decir, cuando la costumbre toma la forma de ley.

6. La ley es la fuente más segura de los derechos pertenecientes á la persona. Es la regla positiva, jurídicamente obligatoria, de las acciones humanas, que procede del poder supremo del Estado, á quien incumbe la potestad de mandar, prohibir y permitir.

7. Cada Constitución determina á quién pertenece el Poder legislativo y á quién el de procurar la ejecución y la observancia de las leyes. Todos están de acuerdo en reconocer que la ley no puede ser verdaderamente obligatoria mientras no la conozcan ó se pueda presumir que la conocen los que deben observarla. El medio por el cual llega la ley á conocimiento de todos los que deben cumplirla, es la publicación ó promulgación. Una vez promulgada la ley en forma legal, se presume legalmente conocida y es obligatoria. Sobre este punto están conformes las legislaciones de todos los países.

8. Alguna diferencia hay en las varias legislaciones respecto al tiempo necesario para que la ley promulgada se considere obligatoria. Según un primer sistema, aceptado por el Código austriaco, la ley nueva es eficaz desde el momento mismo de su promulgación. Este sistema no nos satisface, pues apenas publicada la ley, no cabe admitir la presunción de que por todos es conocida. Es más justo conceder cierto tiempo,

indispensable para presumir el general conocimiento de la ley. Otros dos sistemas son: el sistema *sucesivo*, adoptado en el Código francés, y el sistema *sincrónico*, del nuevo Código italiano. El primero consiste en hacer la ley obligatoria gradualmente según la distancia que hay desde el lugar en que ha sido promulgada á todos aquellos en que debe regir. El segundo concede cierto tiempo, á fin de que el conocimiento de la ley nueva pueda difundirse por todas partes; pero transcurrido el plazo, la ley es inmediatamente obligatoria en todo el territorio del Estado.

El sistema francés tiene indudablemente ventajas, puesto que hace más real la presunción de que la ley es conocida desde el instante en que rige en cada lugar, y evita abusos ó fraudes que pueden cometerse por parte de quien tiene noticia de la nueva ley en daño de los que aun lo ignoran. Pero presenta, en cambio, un inconveniente muy grave, pues crea una momentánea diversidad de legislación en el Estado, de la que resultan dificultades para resolver las cuestiones relativas á los derechos de las personas sobre las cosas existentes en las varias partes del Estado mismo.

El sistema sincrónico es el que ofrece menos inconvenientes. La ley se hace para el pueblo, y su autoridad debe extenderse á todos. La ley nueva tiende á mejorar la condición de las personas, y justo es que todos indistintamente y al mismo tiempo puedan disfrutar de las ventajas que concede. No debe haber, ni aun accidentalmente, diversidad de condición entre los ciudadanos de un mismo Estado. El peligro del fraude se atenúa con la publicidad de las discusiones que preceden á la formación y á la publicación de las leyes en los Estados regidos por Gobierno representativo, y con la pronta transmisión ó comunicación de la reforma á todas partes. Así la ciencia moderna declara preferible el sistema sincrónico, y el legislador italiano lo ha aceptado disponiendo que las leyes sean obligatorias en todo el Reino después de transcurridos 15 días desde aquel en que fué promulgada.

Respecto á esta cuestión, es preciso, en fin, atenerse á la ley de cada país, observando el principio de que toda ley nueva no puede considerarse obligatoria sino cuando ha sido publicada y cuando ha transcurrido el término que la ley del Estado fije.

9. También conviene observar que la doctrina y la jurisprudencia han establecido de común acuerdo que la regla general sobre la autoridad de la nueva ley no rige en los casos en que fuerza mayor ha impedido evidentemente el conocimiento de aquélla. Así, por ejemplo, sucede en los casos de peste, de invasión enemiga, de inundación ú otros análogos en determinadas partes del territorio nacional. Algunas leyes expresan categóricamente esta excepción. Así lo hace el Código francés, que estableciendo como máxima que «la ley es obligatoria desde el momento en que puede sernos conocida su promulgación», incluye la excepción de fuerza mayor que hace ilusoria la posibilidad de conocer la ley. Aunque falte expresa disposición legal, debe admitirse la excepción, consiguientemente con los principios generales del Derecho. La ley no puede ser obligatoria sino cuando es conocida ó se presume que lo es. Pero si hay hechos que niegan la posibilidad de la presunción, claro es que mientras no cese el impedimento de fuerza mayor, falta base al principio que supone obligatoria la ley. Podrá, pues, establecerse como norma que, publicada una ley nueva en forma legal, debe admitirse la presunción general de derecho de que por todos es conocida. Esta presunción excluye en casos ordinarios toda prueba en contrario; pero en casos extraordinarios y excepcionales de fuerza mayor, la prueba de ésta destruirá la presunción legal.

Conviene observar que el principio de la ignorancia de la ley por caso de fuerza mayor no puede admitirse respecto al individuo. Cuando la generalidad ha podido conocer la ley, hay que presumir que la conoce también cada uno en particular. No puede un individuo sustraerse al imperio de ley nueva alegando ignorancia por fuerza mayor.

10. Puede, sin embargo, surgir alguna duda respecto á ciudadanos que se encuentren en país extranjero. En tal caso, ¿cómo deberá apreciarse la presunción legal? La distancia por sí misma es una fuerza mayor respecto al tiempo dentro del que puede tenerse conocimiento de la ley y cabe estimarla como una imposibilidad física para conocer ó presumir conocido el precepto legal. Podrá, pues, considerarse la distancia como un caso de fuerza mayor respecto á todos aquellos que residan en el extranjero. Incumbirá, por tanto, al Juez admitir ó rechazar la presunción legal, con arreglo al principio de que la ley no podrá ser obligatoria sino á partir del momento en que, valuada la distancia, sea físicamente posible que haya llegado á conocimiento de todos.

11. Otra duda pudiera nacer en la hipótesis de que el ciudadano conociese la ley antes de que fuera legalmente obligatoria, y declarase que quería utilizar sus preceptos. En principio, debe estimarse siempre que la ley imperante hasta el cumplimiento del plazo es la antigua. Pero hay casos en que es lícito á los particulares prescindir de la ley vigente y someterse á la nueva; entonces ésta regulará las relaciones jurídicas según la declaración de voluntad y conveniencia de las partes.

Publicada la ley, nadie puede en principio sustraerse á los preceptos imperativos que contiene, alegando ignorancia ó error. Conocida es la máxima de que la ignorancia del derecho no excusa.

CAPÍTULO II

De la autoridad de la ley.

12. Carácter esencial de la ley: su autoridad. — 13. Actos que tienen carácter de ley. — 14. Actos del Rey absoluto. Eficacia de los decretos y reglamentos. — 15. Conviene fijar los límites del imperio de cada ley. Posición del problema. — 16. Objeto de la ley. — 17. Conflicto de leyes diversas del mismo Estado. — 18. Conflicto de leyes de diversos países. — 19. Los dos problemas son conexos, pero se deben resolver según principios distintos.

12. La ley, una vez sancionada y publicada, como antes se ha dicho, extiende su autoridad sobre todas las personas y sobre todos los hechos jurídicos que, según la naturaleza de las cosas, quedan sometidos á su imperio. Su carácter esencial es el ser mandato necesario, y digo *necesario*, porque el legislador no proclama reglas abstractas, no da consejos, sino que da preceptos jurídicos, fija la norma civil y jurídicamente obligatoria, de la que deriva todo derecho concreto y determinado.

Los mismos Tribunales tienen que reconocer como absoluta la autoridad de la ley; por esto no pueden inquirir si es ó no conforme á los principios de justicia, ni preocuparse de los inconvenientes que acaso deriven de su rigorosa aplicación, ni restringir ésta por cualquier extrínseca consideración. A los Tribunales incumbe juzgar según las leyes, y no según la bondad de las leyes.

La autoridad absoluta de la ley resulta evidentemente de ser la expresión de la soberanía, á la que pertenecen exclusivamente el *summum jus*, el *imperium*, la *publica auctoritas*.

13. Pero ¿cuáles son los actos que tienen verdadero y propio carácter de ley? ¿cuál es el campo en que cada ley ejercita su imperio y su autoridad absoluta?

No presenta graves dificultades la primera de estas dos cuestiones. Tiene virtud y eficacia de ley, el acto que emana de quien está en posesión jurídica ó en posesión de hecho del Poder legislativo, es decir, de quien tenga facultad para mandar, permitir y prohibir, y medios para hacer respetar sus preceptos imperativos. También quien no tenga un derecho legítimo puede hacer leyes si está en posesión efectiva de los derechos soberanos. De modo que tienen virtud y eficacia de leyes los actos de un Gobierno provisional, y como tales deben aplicarse cuando lo haya sustituído el Gobierno regular, si no han sido derogados expresamente, ó hay que estimarlos tácitamente derogados por ser incompatibles con el nuevo orden político ó con la Constitución posteriormente promulgada.

14. Lo mismo sucede con los actos del Monarca absoluto, promulgados en forma de rescriptos ó decretos y referentes á materias que pueden reglamentarse por la sola voluntad del soberano. Estas disposiciones deben aplicarse como leyes, aunque se mude la forma de Gobierno, mientras no sean derogadas expresa ó tácitamente como antes se ha dicho.

Conviene observar, sin embargo, que no se puede reconocer en la forma del Gobierno absoluto el supremo é ilimitado arbitrio de disponer, mediante rescripto, sobre todas las materias de Derecho público interior. El Estado, considerado como una alta institución de orden político, no puede subsistir sin tener en sí mismo algunos elementos que hay que estimar como esenciales á la existencia de cualquiera sociedad política. Tales son los poderes públicos regidos en el ejercicio de sus funciones por un sistema de leyes. En el Gobierno absoluto tiene que haber leyes que determinen las formalidades de los actos del mismo Monarca, y aquellas leyes han de ser respetadas. Por esto, el Rey absoluto, que puede por su propia autoridad cambiar la ley fundamental y las leyes orgánicas,

no puede, sin haberlas antes sustituído ó derogado, desconocer su eficacia. Así, por ejemplo, no puede con un rescripto negar la autoridad de la cosa juzgada, que declaran inviolable sus mismas leyes. Dedúcese de aquí que para resolver si tienen ó no autoridad de ley los rescriptos y decretos del Monarca absoluto, hay que atender al sistema de leyes vigentes en el momento en que dichos rescriptos fueron expedidos.

15. En cuanto á los actos del Poder ejecutivo, tienen la misma autoridad de la ley los decretos y reglamentos hechos por el Gobierno dentro de los límites de su especial competencia, según determina la Constitución del Estado.

En la Constitución española el Poder legislativo pertenece á las Cortes, con la reserva de la sanción real. Al Rey, como Jefe del Poder ejecutivo, otorga el art. 54 el derecho de proveer, mediante decretos, instrucciones y reglamentos, á la ejecución de las leyes. Lo mismo dispone el art. 6º de la Constitución italiana. Luego es evidente que los Tribunales no pueden dejar de aplicar y han de hacer cumplir los decretos y reglamentos al igual que las leyes. Pero carecen de autoridad las disposiciones del Poder ejecutivo dictadas fuera de los límites que señalan su competencia, y al Poder judicial incumbe examinar si con arreglo á la Constitución, que determina y precisa los límites de la competencia del Poder ejecutivo, puede ó no reconocerse la autoridad de sus actos (1). También cuando el Poder ejecutivo ejerza funciones legislativas por expresa delegación del Parlamento, corresponde á los Tribunales inquirir si los actos de aquél se ajustan ó no á la delegación que recibió, y no debe reconocer su autoridad cuando haya en ellos exceso de atribuciones respecto al mandato cierto y determinado. Ocioso será decir que, en tal caso, de los excesos y

(1) Los principios expuestos han sido sancionados por los Tribunales italianos. Véase á este propósito: Cass. di Firenze, 20 Marzo 1873 (Trezza-Intendenza di Finanze). *Annali di Giurisprudenza*, VII, 1, 153. Cass. Torino, 17 Abril 1874 (Avellini). Legge XIV, 1, 738.

abusos del Poder el Gobierno responde ante el Parlamento, y no ante la Autoridad judicial; pero la disposición ó acto del Poder ejecutivo que en el ejercicio de la función legislativa se excedió de los límites del mandato expreso y bien determinado, no tiene autoridad ninguna ante los Tribunales, porque aquel acto es arbitrario como dictado fuera de los límites de la propia competencia.

Si al Poder ejecutivo se hubieran conferido poderes excepcionales y de ellos abusara, por evidente y grave que fuera el abuso, los Tribunales no podrían desconocer la autoridad y eficacia legislativa de las disposiciones del Gobierno en tanto que durasen dichos poderes excepcionales. Al Parlamento correspondería exclusivamente decidir y exigir responsabilidad, como que se trataría de juzgar sobre exceso en el ejercicio de un poder recibido.

Si en el Poder ejecutivo se delegase la facultad de coordinar ciertas leyes, y de esta delegación se aprovechase para modificarlas ó alterarlas, tales disposiciones carecerían de autoridad, puesto que sería éste, no un caso de exceso en el ejercicio, sino un verdadero y propio exceso de poder.

No discutiremos sobre el particular para decidir si debe aceptarse como regla general que pertenezca al Poder judicial la facultad de examinar y resolver si una disposición cuya aplicación se pide ó se cuestiona, tenga ó no los caracteres esenciales necesarios para atribuirle fuerza y eficacia de ley.

16. La segunda de las dos cuestiones enunciadas es más grave y más difícil. No se puede poner en duda la autoridad de la ley y su fuerza obligatoria; pero ¿cuáles son los límites de su imperio? ¿cuál es el campo en que cada precepto legislativo ejerce su autoridad?

Es cierto, en efecto, que el mandato necesario del legislador se impone á todas las personas sometidas á su autoridad: domina todas las relaciones jurídicas que puede haber entre las personas entre sí y derivar de las relaciones de las personas con las cosas; regula la forma legal con la que tales dere-

chos y tales relaciones pueden nacer, desarrollarse y conservarse. Pero ¿cuál es el campo en que el mandato ejerce de este modo su autoridad?

17. El derecho considerado en la persona deriva de dos elementos, del hecho y de la ley. El hecho resulta de las circunstancias (1) y éstas hay que aceptarlas tal como son.

La ley contiene el mandato necesario, es decir, tiene autoridad para regular las relaciones jurídicas que proceden de aquellas circunstancias de hecho, y su efecto es conceder á los unos ciertos poderes y ciertas libertades, ó imponer á los otros ciertas cargas y ciertas obligaciones.

Los Tribunales deben determinar los derechos de las personas aplicando la ley sin examinarla y discutirla; pero no pueden abstenerse de examinar y decidir si los asuntos deducidos en juicio caen ó no bajo las disposiciones de la ley cuya aplicación se pide ó se cuestiona. En una palabra, los Tribunales deben examinar y decidir cuál es el precepto que contiene el mandato necesario aplicable á las circunstancias de que se trate.

Sobre este particular puede surgir grave duda en dos casos. Ante todo, puede suceder que durante el tiempo transcurrido entre el momento en que nació la relación jurídica y aquel en que se cuestiona, haya cambiado la ley. En tal hipótesis, cabrá dudar si dicha relación jurídica ha de someterse al imperio de la ley nueva ó al de la ley antigua. Habrá, pues, que examinar y decidir cuál de las dos leyes tiene autoridad sobre el caso en cuestión.

También puede dudarse cuando se trate de derecho adquirido en un país y sobre el que se litiga ó cuyo reconocimiento

---

(1) Con la palabra *circunstancias* comprendemos todas las contingencias de las que puede proceder el Derecho, segun la ley; las mismas relaciones de derecho que derivan de un hecho jurídico se pueden tambien considerar como circunstancias respecto á los derechos que, según la ley, pueden provenir de las mencionadas relaciones.

y protección se pide en otro país. Entonces versará la duda acerca de cuál debe ser, entre las leyes de los dos países, la que determine el derecho controvertido, ó decida sobre el valor jurídico del derecho adquirido y su reconocimiento. También en este caso la misión del Juez es investigar y decidir cuál es la ley que tiene autoridad para regular las relaciones jurídicas que derivan de las circunstancias del hecho.

Así en el uno como en el otro caso, toda la dificultad se resume en determinar cuál es la ley que tiene autoridad, ó en cuál de ellas hay que buscar el precepto jurídico obligatorio, por lo que afirmo que los dos problemas son conexos.

Examinemos mejor la cuestión.

Está fuera de toda duda que el objeto verdadero y propio de la ley es la persona, la que puede considerarse sometida á la autoridad de aquélla bajo una triple relación, según dice Erzio: «*Tribus fere modis homines summis subjiciuntur potestatibus, vel ratione personæ suæ, vel ratione rerum, vel denique ratione actuum*» (1). La ley, en efecto, determina primeramente el estado y la calificación de la persona, ó sea su condición y su capacidad jurídica. Establece además los derechos de que la persona es capaz en sus relaciones con las cosas y regula su ejercicio. Determina, en fin, cuáles son los actos del individuo que tienen valor jurídico y establece las condiciones necesarias para que lo tengan.

18. Dado el incesante progreso y los cambios necesarios de la legislación de cada país, puede suceder que las circunstancias del hecho que dió origen á ciertas relaciones jurídicas hayan comenzado á existir estando en vigor una ley, y que sea otra la vigente cuando se discuta sobre las relaciones mismas ó sus consecuencias jurídicas. En esta hipótesis, si de una parte se pide y de otra se rechaza la aplicación de cualquiera de las dos reglas objetivas emanadas de la misma soberanía,

---

(1) *De collisione legum*, sect. IV, p. 4.

la obra del Juez consiste en decidir cuál de los dos preceptos tiene autoridad de ley respecto á las determinadas circunstancias de hecho, ó cuál es la regla necesaria impuesta por el legislador y según la que se deben determinar los derechos y las consecuencias jurídicas.

Tal problema se resume, pues, en determinar y fijar el límite de la autoridad de la ley nueva y de la ley antigua sobre las relaciones jurídicas y sobre las consecuencias jurídicas de los asuntos anteriores á la época desde la que entró en vigor la ley nueva.

19. La segunda hipótesis, en la que encontramos el mismo problema, aunque desde punto de vista diverso, es consecuencia del incesante desarrollo de la actividad humana y de sus manifestaciones en territorios sometidos á distinta soberanía.

Puede suceder que un ciudadano de un Estado se establezca en el extranjero y allí adquiera bienes ó contraiga obligaciones, y que los derechos adquiridos, modificados después ó transmitidos por actos entre vivos ó de última voluntad, deban tener valor en aquel país extranjero ó en un tercer Estado.

¿Cuál será en este caso la ley según la que habrá que determinar cada relación jurídica y las consecuencias jurídicas que de ellas deriven? ¿Será la de la patria? ¿será la del país en que fué adquirido el derecho, ó la del lugar en que existan los bienes, ó la de aquel en que se hizo perfecto el acto ó contrato por el cual el individuo transmitió ó dispuso de sus derechos? También en este caso depende todo de determinar cuál es la ley de los diversos países con la que el individuo se puso en relación, y que tiene autoridad para regular cada relación jurídica y las consecuencias que de ella se quieran deducir. En otros términos, ¿cuál es la ley de la que el Juez debe tomar el precepto jurídico obligatorio y según el que debe determinar el derecho?

Esta cuestión se reduce también á determinar y fijar el límite de la autoridad de la ley de cada país en relación con la de los otros países.

Los dos problemas, pues, según mi opinión, están entre sí íntimamente relacionados y se resumen en uno solo: determinar y fijar el límite de la autoridad de cada ley sobre los asuntos jurídicos y sus efectos.

Es evidente, sin embargo, que los principios según los que tal límite debe determinarse y fijarse son distintos en uno y otro caso; pero esto deriva de la naturaleza misma de las cosas, puesto que ha de haber diferencia entre discutir acerca de la autoridad de una ley en relación con otra emanada de la soberanía, y cuestionar sobre la autoridad de una ley dictada por una soberanía frente á frente de otra que emane de soberanía extranjera. En este segundo caso es indispensable tener en cuenta principalmente el principio de autonomía é independencia de la soberanía para fijar los límites de la competencia del Poder legislativo de cada país. La autoridad extraterritorial de la ley extranjera podrá, sí, admitirse, pero subordinadamente á la condición de que, reconociendo la autoridad de tal ley fuera de los límites del territorio en que el derecho fué adquirido, no haya ofensa á la autonomía del poder imperante en el territorio en que se pida el reconocimiento de la ley extranjera de la que se pretende deducir el derecho.

Sobre este punto hemos de insistir en su lugar correspondiente. Ahora nos habíamos propuesto solamente exponer y explicar el punto de vista desde el que hemos creído encontrar conexión entre los dos problemas, y dar á conocer el motivo por el que nos ha parecido que ambos se resumen en determinar y fijar los límites de la autoridad de la ley.

La diferencia que hemos señalado, y que hemos de aclarar seguidamente, debe servir por ahora para comprender que, no obstante la conexión de los dos problemas, no se puede aplicar la misma regla para resolver las controversias que se produzcan en uno y otro caso.

SECCION PRIMERA

De la no retroactividad de las leyes.

CAPÍTULO PRIMERO

De la autoridad de la ley nueva y de la ley antigua en general.

20. La cuestión de la irretroactividad de la ley se puede discutir en abstracto.—21. El legislador puede atribuir autoridad irretroactiva á una ley.—22. Disposiciones de los Códigos modernos.—23. Dificultad de determinar lo que debe ó no considerarse como pasado respecto á la ley.—24. Principios generales sobre el particular.—25. Interpretación de la ley italiana, art. 2°, *disp. prel.*—26. Dificultad para determinar si el derecho debe ó no considerarse ya adquirido.—Opiniones diversas acerca de los elementos del derecho adquirido.

20. El problema de la autoridad de la ley sobre las relaciones jurídicas anteriores á la época en que comenzó á estar en vigor, podría considerarse desde un punto de vista meramente especulativo, discutiendo si en virtud del principio de la soberanía de la ley, la nueva ley puede aplicarse á todas las relaciones jurídicas establecidas y formadas antes de su promulgación, ó si, por lo menos, cabe hacer esto en algunos casos determinados por expresa voluntad del legislador, y en cuáles se podría dar efecto retroactivo á ciertas leyes sin violentar los principios de la justicia y de la equidad.

No nos interesa discutir ampliamente tal problema. Como principio general, hay que admitir que la ley dicta reglas ó disposiciones para lo porvenir, y por tanto, el legislador no

puede establecerlas para lo pasado, y disponer sobre derechos adquiridos según leyes anteriores. Evidentemente, el desarrollo de la libertad civil habría de sufrir grave daño, si el ciudadano, al obrar según y conforme la ley para adquirir derechos, pudiera temer que otra ley posterior le privase de los que legítimamente adquirió.

Todos los legisladores han reconocido este principio, que en el Derecho romano encontramos consagrado por la ley 7ª, *Cód. de legibus*, que así se expresa: *Leges et constitutiones futuris certum est dave formam negotiis, non ad facta præterita revocari.*

En algunos de los actuales Estados aparece el mismo principio en su Constitución. La de los Estados Unidos de la América septentrional declara que no se puede dictar ley alguna retroactiva ó que altere obligaciones nacidas de contratos (artículo 1º, sec. X, § 3º). Así lo dispone también la Constitución de Noruega en el párrafo 97. En Francia, dos Constituciones sancionaron el principio, la del 24 de Junio de 1793, respecto á las leyes penales, y la del 22 de Agosto de 1795 para todas las leyes; el Código Napoleón lo sancionó en el art. 2º, que dice: *La loi ne dispose que pour l'avenir, elle n'a point d'effett retroactif.* Lo mismo se ha dicho en Códigos posteriores, salvo muy raras excepciones (1). El Código austriaco se expresa en los siguientes claros términos: «Párrafo 4º Las leyes no tienen efecto retroactivo, es decir, no influyen sobre actos anteriores ni sobre derechos precedentemente adquiridos.» El nuevo Código italiano consagró el mismo principio en el art. 2º de las Disposiciones preliminares, que dice así: «La ley sólo dispone

---

(1) En el Gran Ducado de Baden, cuando en 1809 se puso en vigor el Código Napoleón, se dijo en la Patente de promulgación de 3 de Febrero de dicho año: «Las consecuencias ulteriores de un hecho, al que dió derecho una ley anterior, pueden ser modificadas por una ley publicada antes que hubiese cuestión; sin que esto pueda considerarse como efecto retroactivo.» Es evidente que tal disposición consagró un Derecho nuevo, distinto del Derecho romano y francés.

para el porvenir: no tiene efecto retroactivo.» Cabe, pues, afirmar, en conclusión, que en los Códigos modernos está escrito el principio general de la irretroactividad de las leyes.

21. Sin embargo, dicho principio, aunque sancionado como regla y norma en la ley positiva, no niega el poder que tiene el mismo legislador de dar efecto retroactivo á ciertas disposiones (1), por más que de tal poder debe usarse en circunstancias muy excepcionales y por motivos de interés público, y con las limitaciones que la equidad requiera.

No entra en nuestro plan discutir acerca de los límites dentro de los que dicho poder debe ejercitarse sin faltar á los principios de equidad. Los intereses sociales, las consideraciones políticas y varias razones de interés público, pueden justificar en ciertos casos la retroactividad de la ley nueva en materias de derechos privados. En algunos podrá justificarse con los mismos principios en que se funda la regla de la no retroactividad. Supongamos, por ejemplo, que la ley nueva modifique ciertas instituciones jurídicas, y determine de modo más conforme con la justicia y con los intereses mismos de los particulares todas las relaciones que de aquéllas derivan; si en este caso el legislador dispusiera que la ley nueva se aplicase también á las consecuencias jurídicas de relaciones anteriores á su promulgación, favorecería á todos, puesto que

(1) No nos faltan ejemplos en el Derecho antiguo y moderno. Los Emperadores Zenón y Anastasio, con las leyes 8ª y 9ª Cód. *De incertis et inutilibus nuptiis*, declararon nulos los matrimonios entre cuñados, aun contraidos bajo prudentes leyes que los consentían. La Convención nacional dispuso también que tuvieran fuerza retroactiva las leyes del 17 nevoso del año II y del 12 brumario del mismo año, y declaró aplicables desde el 12 de Julio de 1789 las disposiciones que dichas leyes sancionaron, relativas á nulidad de donaciones entre vivos y disposiciones *causa mortis* y admisión de hijos naturales á la sucesión de los padres. Para justificar el efecto retroactivo dado á estas leyes, se ha dicho que cuando la ley reconoce ó hace revivir uno de los derechos sagrados al hombre, que deriva de la ley eterna é imprescriptible de la naturaleza, el legislador puede, procediendo rectamente, destruir los atentados contra tal derecho cometidos.

la aplicación de la nueva ley ofrecía ventajas y no perjuicios á los particulares, que podrían aprovecharse de las disposiciones de aquélla, más conformes con la justicia y con los propios intereses de éstos.

En todo caso, así como los Tribunales no deben juzgar de la bondad de las leyes, tampoco pueden censurar el uso que el legislador haya hecho del poder incontestable que tiene de dar fuerza retroactiva á las mismas leyes á que se debería aplicar el principio de la no retroactividad. Deben siempre aplicar la ley á la que el legislador expresamente haya dado efecto retroactivo, aunque según los principios generales del Derecho, pueda considerarse injusta por no haber respetado derechos precedentemente adquiridos. En una palabra, aun sancionado por el Código civil el principio de la irretroactividad de la ley, se debe entender que se ha establecido así, no para limitar el poder del legislador, sino para que sirva de regla al Juez en los casos en que expresamente el legislador nada diga.

Esta excepción se encuentra en la citada ley 7ª. Claramente afirma el principio de la no retroactividad; pero también añade: *Nisi nominatim et de preterito tempore et adhuc pendentibus negotiis cantum sit.*

22. Resulta, pues, que el principio aceptado por los Códigos modernos, de que «la ley no tiene efecto retroactivo,» debe entenderse de esta manera: toda ley nueva, sea anterior ó posterior al Código civil, que no tenga fuerza retroactiva por expresa voluntad del legislador, por sí misma no extiende su autoridad sobre todo aquello que haya ya pasado en el momento en que empieza á estar en vigor.

Mas no se puede afirmar que queden así eliminadas todas las dudas. Á veces, en la aplicación de una regla, aparentemente tan sencilla, se encuentra una de las más graves dificultades que ofrece la ciencia del Derecho: la de determinar con precisión qué es lo que debe considerarse como pasado respecto á la nueva ley. Esta difícil cuestión ha preocupado á

los más ilustres jurisconsultos, y en nuestros días tiene gran importancia práctica, por ser más frecuentes las reformas legislativas á causa del incesante progreso de los principios de justicia y de las nuevas necesidades, que son indispensable consecuencia de los adelantos sociales. Chabot, Allier Weber, Merlín, Mailher, De Chassot, Savigny, Lassalle y otros célebres jurisconsultos, nos han dejado importantes trabajos con diverso título acerca de este punto, comunmente conocido con el nombre de *derecho transitorio.* Entre las obras publicadas en Italia, es muy notable por su doctrina y erudición jurídica la publicada por el profesor Gabba con el título de *Teoría della retroattività delle leggi.*

23. Observaremos, ante todo, que no es condición indispensable para considerar como pasada una relación jurídica que sea anterior á la época en que se declaró vigente la nueva ley, puesto que ciertas relaciones jurídicas, que son efectos legales y consecuencias de un hecho jurídico anterior, aunque se desenvuelvan después de haberse puesto en vigor la ley nueva, deben estimarse como pasadas respecto á ésta, y á sus preceptos no pueden subordinarse las dichas relaciones.

Así, por ejemplo, si vigente la ley antigua, el individuo hubiese adquirido el derecho de deducir efectos y consecuencias en conformidad con las reglas establecidas por la ley misma, y si tal derecho fué integralmente adquirido antes de ser declarada vigente la ley nueva, ésta no tendrá autoridad sobre dichas relaciones, que son efectos, consecuencias del derecho anterior, aunque tales efectos hayan resultado después de publicada la ley nueva.

Compréndese, pues, que no es el tiempo en que las relaciones jurídicas se establecen, la única razón para decidir si pueden ó no subordinarse á la nueva ley. Por otra parte, tampoco podríamos hallarla con sólo atender al tiempo en que tuvo origen la relación jurídica principal.

Supongamos que, vigente una ley, se haya celebrado entre partes un contrato, y que antes de cumplirse éste, cambie la

ley. Si ésta, por ejemplo, concediese al acreedor ciertos derechos en el caso en que disminuyeran las garantías que ofrecía el deudor, en el momento en que se obligó, derechos que no concedía la ley vigente al tiempo de contratar, ó si dicha ley nueva declarase la eficacia de ciertos hechos para la novación, en tales casos la ley nueva extendería su autoridad sobre los efectos eventuales de la disminución de garantías ó de los que fueran consecuencia de la novación hecha. No cabe, pues, afirmar que todos los efectos de un contrato deban determinarse, según la ley vigente, al obligarse las partes, puesto que los efectos que derivan de acontecimientos eventuales, de hechos nuevos, *ex post facto*, se rigen, según la ley vigente, en el momento en que dichos efectos se verifican.

De todo lo que se deduce que hay que examinar con otro criterio los principios generales para determinar lo que cae ó no bajo el imperio de cada ley.

24. El fin de la ley es regir y gobernar todos los intereses y relaciones sociales; su fuerza es el mandato necesario, *legis virtus hæc est imperare vetare permittere* (1); su resultado final, el derecho de las personas. El poder público sanciona las reglas y las hace civil y jurídicamente obligatorias, concediendo á unos ciertos deberes y ciertas libertades, imponiendo á otros ciertas cargas y obligaciones. En el individuo, el derecho nace de la combinación de las circunstancias de hecho y de la ley. Dada la circunstancia, nace el derecho, según la ley, el cual se encarna, por decirlo así, en la persona, se personifica, y de esta manera se produce el efecto á que la ley tiende. Ahora es evidente que, si todo esto se hubiera verificado antes que la ley nueva fuera puesta en vigor, no podría ya desvirtuarse; habiendo nacido ya el efecto natural de la ley, *el derecho encarnado en la persona*, nada tendría ya que proveer la ley nueva, puesto que no podría modificar ó destruir lo que había ya pasado.

---

(1) Ley 7ª, Dig., *De legibus*.

Si el derecho aun no hubiera nacido, la ley nueva tendría fuerza y autoridad sobre las circunstancias de que aquél derivase, porque, como se ha dicho, el efecto natural de cualquiera ley es obrar sobre las personas y atribuir y regir los derechos y prerrogativas de la misma.

25. Resulta, pues, que lo pasado, que queda fuera del alcance de la ley, es el derecho individualmente ya adquirido, en virtud de una disposición de la antigua ley antes vigente. Por esto, el principio aceptado por el legislador de que la ley rige para el porvenir, se debe entender en el sentido de que no puede cambiar, modificar ó suprimir los derechos individualmente ya adquiridos, antes de haber sido declarada en vigor. No ha sido otro el pensamiento de nuestros legisladores, que han sancionado en el art. 2° la siguiente regla: «La ley no rige más que para el porvenir; no tiene efecto retroactivo.»

Nuestro legislador quiere decir que si en el momento en que comenzó á estar en vigor el Código civil, un individuo hubiese puesto todas las circunstancias exigidas por la ley antes vigente para adquirir un derecho, ó si se hubiese encontrado en las circunstancias de hecho que dicha ley atiende para el mismo efecto, no se podría alterar ó anular tal relación, puesto que no pretendía legislar sobre lo pasado; pero si el derecho, que es el resultado final de la ley, como consecuencia de las circunstancias referidas, aun no hubiera nacido, su adquisición debía subordinarse á las disposiciones del Código civil, porque en su mente estaba respetar solamente lo pasado y disponer sobre lo porvenir.

Y esto es lógico, ya que el resultado final y la consecuencia natural de toda disposición legal es el derecho de la persona: si el derecho individualizado estaba ya adquirido antes de empezar á regir el Código civil, el legislador debía reconocer este hecho como pasado y respetarlo como tal; si no estaba adquirido, debía subordinar á las nuevas disposiciones las circunstancias exigibles para adquirir definitivamente el derecho.

Aceptando el orden de ideas que, en mi opinión, resulta de

la naturaleza misma de las cosas y de las disposiciones de la ley, es indispensable discutir si la ley puede ó no tener fuerza retroactiva, y distinguir las leyes á que debe aplicarse el principio de la no retroactividad de aquellas otras á que debe aplicarse el principio contrario. En principio, ninguna ley, salvo el caso de expresa disposición, puede tener fuerza retroactiva, porque la ley rige para el porvenir.

El problema, pues, debe formularse en los siguientes términos: *La ley nueva, ¿tendrá ó no autoridad sobre hechos jurídicos ó relaciones que deriven de circunstancias producidas ó creadas en el momento anterior á aquel en que dicha ley fué declarada vigente?*

¿Cuándo las mencionadas circunstancias constituirán lo pasado? ¿Cuándo lo porvenir?

La respuesta se resume, según nosotros, en la siguiente única regla:

«Si dadas aquellas circunstancias, el derecho estaba ya individualmente adquirido antes de haberse puesto en vigor la nueva ley, los preceptos de ésta no podrán tener autoridad para alterar tal derecho individualmente ya adquirido; si, por el contrario, en el momento en que la ley nueva comenzó á estar en vigor, el derecho aun no se había adquirido individualmente, pero estaba *in fieri*, por nacer, no podrá ya adquirirlo el individuo sino con arreglo al precepto imperativo de la nueva ley.»

El fundamento de esta teoría se encuentra en lo siguiente: El legislador es omnipotente: puede suprimir ó transformar las instituciones jurídicas existentes; puede, sin introducir sustanciales innovaciones en dichas instituciones, modificar las reglas que rigen los derechos que de las mismas derivan; puede someter á nuevas condiciones la conservación y la eficacia del derecho; puede hacer todo esto siempre que no ofenda la personalidad ni infiera daño á algún individuo, pues sus preceptos, sin embargo, no pueden ser establecidos como norma para hacer sufrir á algún individuo una disminución de su respec-

tivo patrimonio moral ó material, porque esto equivaldría á perjudicarles. Por lo tanto, es evidente que formando parte del patrimonio moral ó material de las personas el derecho individualmente adquirido ya, debe admitirse como regla ó máxima que el legislador con sus preceptos no debe jamás privar ó disminuir los derechos ya adquiridos por aquel que hubiese usado debidamente de la libertad civil, haciendo aquello que no estaba prohibido, sino permitido, según la ley anteriormente en vigor. De tales consideraciones se deduce como conclusion, que el *imperio*, el mandato y la autoridad de las nuevas disposiciones están limitados á regular los derechos que todavía no hubiesen sido adquiridos en el momento en que hubiere sido publicada.

26. El principio, antes de ahora expuesto, de que la ley debe respetar el derecho adquirido, es generalmente aceptado por los escritores modernos, los cuales resumen toda la teoría sobre la retroactividad ó irretroactividad de las leyes en el respeto debido á los derechos adquiridos, y distinguiendo los sobredichos derechos de la mera esperanza ó espectativa, afirman que la ley posterior puede modificar, sin ser retroactiva, hasta la esperanza ó simple espectativa, pero que de ningún modo puede, sin incurrir en retroactividad, alterar los derechos precedentemente adquiridos.

Esta teoría, tan segura como sencilla, ha venido á ser luego vaga é incierta, á causa de la diversidad de opiniones sustentadas acerca de la noción y de los elementos del derecho adquirido y por la indeterminación de los criterios respectivos (1).

Se ha dicho generalmente que el derecho adquirido es

---

(1) Confr. MERLÍN, *Rep. eff. retroactif.* núm. 4°; DUVERGIER, *Sur* TOURLLIER, 1, pág. 54; CHABOT, *Question trans.*: V. *Droit acq.*; BLONDEAU, MEYER, *Principios*, pág. 84; BERGMAN, pág. 85; VALLETE S. PROUDHON, pág. 21; MARCADÉ, art. 2°, núm. 46; CLUSTRAUSEN, pág. 106; DEMOLOMBE, vol. 1°, § 40; KALINDERO, pág. 27; THEODOSIADES, pág. 541; BIANCHI, *Derecho civil*, pág. 6; PACIFICI MAZZONI, *Derecho civil*, vol. 1, pág. 76; GABBA, vol. 1, pág. 190 y siguientes.

aquel que está en nuestro dominio, aquel que forma parte de nuestro patrimonio, y que no nos puede ser quitado por aquellos cuyo derecho sea proveniente de nosotros (1), á menos que la facultad de revocarle no se derive de la ley misma.

Los escritores, sin embargo, no están de acuerdo en dar una definición del derecho adquirido que comprenda todos los elementos de los cuales se compone, y los varios aspectos bajo los cuales puede nacer.

Chabot dice: «Es derecho adquirido aquel que es irrevocablemente conferido ó definitivamente adquirido antes del hecho, del acto ó de la ley que se oponga ó impida el pleno goce de dicho derecho;» cuya definición no se puede decir exacta, porque considera la irrevocabilidad como elemento constitutivo del derecho adquirido, mientras que se puede adquirir también un derecho revocable, y su revocabilidad no altera el carácter del derecho adquirido.

Merlín dice que los derechos adquiridos son aquellos que han entrado en nuestro dominio, que forman parte de nosotros, y que no pueden sernos quitados por aquel cuyo derecho provenga de nosotros. Tales son, según dice, los derechos que se derivan inmediatamente de un contrato, los que nos han sido conferidos en testamento, cuyo autor sea muerto ya, aquellos que son adquiridos en una sucesión abierta, y de los cuales seamos investidos, en virtud de la ley vigente, en el momento de su apertura (2).

Tal definición es muy vaga y general. La aplicación del principio en los ejemplos citados es exacta, pero esto no hace que el principio mismo sea cierto y bien determinado.

---

(1) Reinhart define del siguiente modo el derecho adquirido: *Quaecumque negotia jam ante legem novam latam, quoad essentiam suam, fuerunt perfecta licet consummationem suam suosque effectus ab actu demum post legem novam futuro eoque non extensivo adhuc expectent, ea ad pœterita omnimo referenda sunt, adeoque ex anterioribus legibus nequaquam vero ex nova lege lata dijudicanda, modo non integrum sit negotium justa novœ legis placita emendandi et perficiendi.—Selecte observationes ad Chisptinœum*, t. 1, observ. 49, núm. 5.

(2) *Repertoire effet. retroactif*, sect. III, § 1°.

¿Cuándo se debe considerar, en efecto, como parte de nuestro patrimonio un derecho? ¿Cuándo proviene el derecho de la ley? ¿Cuándo puede ser y cuándo no, quitado por una ley posterior? Nada de esto resulta de ella; por lo tanto, la definición no es inexacta, pero, por ser demasiado general, degenera en vaga é indeterminada.

Bianchi, jurisconsulto italiano contemporáneo, ha tratado de determinar la definición de Merlín, estableciendo algunas bases para decidir cuándo un derecho debe reputarse verdaderamente nuestro, perteneciendo á nuestra persona y formando parte de nuestro patrimonio, de modo que no podamos ser desposeídos de él.

Dicho jurisconsulto opina que los caracteres fundamentales, de los cuales se pueden, deducir, la cualidad del derecho para considerarle y ser tenido como adquirido, son los siguientes:

1º Irrevocabilidad del título, ó sea de la causa generadora del derecho:

2º Concurso de la voluntad de una manera expresa, ó que resulte tácitamente de los actos ó de los hechos emanados de él, en el título y en la causa generatriz del derecho.

Si un derecho está fundado sobre un título revocable, es claro, dice el mismo, que no puede decirse definitivamente nuestro y formando parte de nuestro patrimonio, porque bastaría para quedar privado de él cualquier acto de la voluntad del cual pueda depender la revocación del mismo.

Si sobre la causa generadora de un derecho, añade, no tuviese influencia alguna la voluntad del hombre, ni expresa ni tácitamente; si el título sobre el cual se funda el derecho depende exclusivamente de la sola disposición de la ley, que obedece al interés general, podría suceder que con nuevas disposiciones se modificasen y aun quitasen los derechos que primeramente estuvieran concedidos (1).

---

(1) Bianchi. *Curso del Código civil*, vol. 1º, § 64.

Esta definición peca de inexacta y es insuficiente, porque no puede servir para todos los casos, á pesar de ser aplicable á la mayor parte de ellos, y simplifica la cuestión cuando se trata de una relación jurídica á la cual sea aplicable.

Innecesario es indicar que, como hemos dicho ya, la irrevocabilidad no es condición necesaria del derecho adquirido. Los derechos del donatario sobre la cosa donada, por ejemplo, son puramente revocables, y, á pesar de ello, esos derechos, aunque revocables, deben ser tenidos por eficazmente adquiridos.

Observamos además que, cualquiera que sea la causa generadora de la mayor parte de las relaciones jurídicas, requiere siempre el concurso de la voluntad del hombre, pudiendo decirse que todos los derechos son adquiridos por el único y solo medio de los actos voluntarios por parte del hombre; pero existen derechos, los cuales nacen directamente *ope legis*, por obra de la ley, respecto de los cuales no se puede de cierto suponer algún acto de la voluntad, aunque sea tácito, y no estarían comprendidos en la definición. Tomemos, por ejemplo, el estado de la persona, el cual es adquirido siempre cuando todas las circunstancias requeridas por la ley vengan á verificarse, y no puede menos de reconocerse que el estado del hijo legítimo ó del hijo natural debe ser tenido como un derecho perfecto y adquirido por parte del hijo que se encuentra en las circunstancias establecidas en la ley, aunque no haya intervenido ningún acto por su parte para adquirir dicho estado.

Y no se dirá por ello ciertamente que la nueva ley que modifica las disposiciones relativas á la filiación ó naturaleza, puede, sin incurrir en retroactividad, alterar el estado de hijo legítimo ó de hijo natural que hubiese adquirido con arreglo á la ley anterior, y que el estado no sea para el hijo un derecho verdadero y propio adquirido por él, porque la causa generadora de tal derecho no está en acto voluntario alguno por parte del hijo.

La teoría de Bianchi es, en sustancia, una reproducción de la propuesta por Lassalle, y es aceptada por la generalidad,

porque verdaderamente encuentra justa aplicación en la mayor parte de los casos.

Por otra parte, no puede menos de estimarse también insuficiente dicha teoría, por haber considerado una parte sólo de los derechos adquiridos, cual es el de ser adquiridos en virtud de un acto de la voluntad, excluyendo otros que se derivan directa é inmediatamente de la ley.

Gabba ha propuesto su definición del derecho adquirido en los siguientes términos: «Es adquirido todo derecho que (á consecuencia de un acto idóneo y susceptible de producirlo, en virtud de la ley del tiempo en que el hecho hubiere tenido lugar, aunque la ocasión de hacerlo valer no se presentase antes de la publicación de una ley nueva relativa al mismo, y por los términos de la ley bajo cuyo imperio se llevara á cabo) entró inmediatamente á formar parte del patrimonio de quien le había adquirido» (1).

De ella resulta, que habiendo querido este autor dar una definición completa y práctica, la ha expresado en una fórmula que no es ciertamente clara. Debo observar, en su vista, que no está bien determinado cuándo debe ser tenido el derecho como consecuencia del hecho idóneo para producirlo, y lo que parece es que en esta parte ha quedado la definición indeterminada, porque no se encuentra en ella el criterio que ha de servir para fijar el límite del concepto general, *consecuencia* del cual depende, según la misma, todo derecho adquirido.

Savigny ha definido mejor el derecho adquirido. «Este, según él, es el derecho fundado sobre un hecho jurídico acaecido, pero que todavía no se ha hecho valer.» Tal derecho, añade, se contrapone á la abstracta facultad de todos los hombres ó de alguna clase de hombres y á la mera espectativa apoyada en la ley precedente, y propiamente constituye un *objeto de independiente señorío individual.*

En cuanto á mí, entiendo que el derecho adquirido en aten-

---

(1) GABBA, *Teoría de la retroactividad*, vol. I, p. 191, 2ª edic., 1884.

ción á la ley nueva, del cual aquí nos ocupamos, es el *derecho perfecto*, aquel que se debe tener por nacido por el ejercicio integralmente realizado ó por haberse íntegramente verificado todas las circunstancias del acto idóneo, según la ley en vigor para atribuir dicho derecho, pero que no fué consumado enteramente antes de haber comenzado á estar en vigor la ley nueva.

Pero de cualquiera manera que se quiera definir el derecho adquirido, es un hecho que, cuando después se trata de resolver en la práctica las múltiples controversias que nacen, resulta en algún caso difícil el establecer con certeza, si de aquella circunstancia puesta bajo la ley en vigor, ha ó no nacido un derecho individualizado, y más difícil aun el decidir si ha nacido igualmente el derecho de deducir y aplicar sus efectos jurídicos además á todas las relaciones jurídicas que fueren establecidas, ó sólo en determinados casos y mediante ciertas circunstancias que en el negocio concurran.

Pongamos, por ejemplo, la cuestión del hijo natural nacido antes de ponerse en vigor el Código civil. Fácil es demostrar que debe reconocérsele al mismo un estado personal adquirido bajo el imperio de la antigua ley, pudiendo ser restablecido, valiéndose de los medios de prueba admitidos en dicha ley, no obstante las modificaciones sancionadas por la ley posterior. No puede por menos de reconocerse, tanto en una como en otra de dichas relaciones jurídicas, la figura del derecho adquirido. Pero el hijo nacido antes de la publicación del nuevo Código, ¿tendrá también el derecho de deducir y aplicar los efectos civiles de su estado personal así establecido, gozando, además, de las disposiciones de la ley antigua vigente, la cual adquirió dicho estado? ¿Tendrá los derechos sucesorios según dicha ley? ¿Podrá, además, reivindicar una heredad que le hubiere correspondido antes de la época en que se puso en vigor el Código civil, y que no le estuviere adjudicada por ignorarse su filiación? ¿Podría ser, además, atribuído ese derecho al tercero que detentase dicha heredad?

Para resolver tales cuestiones, no aparece clara la figura

del derecho adquirido, vigente la precedente legislación, como en el primer caso, por lo que es menester hacer un análisis cuidadoso para decidir si los efectos civiles de un estado personal, adquirido bajo el imperio de una ley posterior, están ó no sujetos á las disposiciones de la ley nueva ó de la antigua. Los casos en que puede surgir la misma duda son muchos. Algunos de ellos, que afectan á muchos y graves intereses, han sido resueltos por el mismo legislador en leyes especiales, que justamente se denominan leyes transitorias, porque sancionan ciertas máximas y preceptos para la transición de una legislación á otra, y así ha hecho el legislador italiano; pero imposible es eliminar todo motivo de duda, porque en todo el sistema de las relaciones que pueden ser objeto de la disposición de la ley se puede presentar la misma duda, de si cada relación jurídica está bajo el imperio de la ley antigua ó de la moderna, y para resolverla es preciso averiguar, respecto á cada una de las relaciones sobredichas, si se había llevado á cabo ó no la adquisición de un derecho perfecto é individualizado cuando la nueva ley empezó á estar en vigor, que es la regla que ha de servir siempre para decidir tales cuestiones.

Para proceder con orden, comenzaremos por exponer los principios según los que puede establecerse la autoridad absoluta é ilimitada de la ley antigua y de la ley nueva, según los casos y la naturaleza de las relaciones jurídicas que sean objeto de la una y de la otra.

CAPÍTULO II

De la autoridad absoluta de la ley nueva y de la ley antigua.

7. El problema consiste en determinar el terreno dentro del que tiene autoridad absoluta cada ley.—28. El carácter prohibitivo de una ley no basta para atribuirle autoridad absoluta.—29. El interés público que sea objeto de una ley no es tampoco un criterio decisivo.—30. No es razón suficiente el ser la ley favorable.—31. La ley como norma jurídica: autoridad de la misma.—32. Cómo nace de ella todo derecho concreto.—33. El legislador es omnipotente, pero debe respetar la personalidad y la libertad civil de los individuos.—34. Reglas sobre la autoridad absoluta de la ley nueva.—35. Ley nueva que crea nuevas instituciones.—36. La facultad que procede de la ley cuando es ejercitada, crea derechos concretos.—37. El individuo no tiene el derecho de ejercitar siempre la libertad, según la misma norma.—38. Se determina el concepto del derecho accesorio que puede tenerse por adquirido con la adquisición del derecho principal.—39. Autoridad de la ley nueva en cuanto á los derechos que se adquieren con el ejercicio sucesivo.—40. La misma regla se aplica á la ley prohibitiva.—41. Regla acerca de la autoridad absoluta é ilimitada de la ley antigua.—42. Efectos legales del derecho adquirido mientras estaba en vigor.—43. El derecho de deducir las consecuencias legales de un derecho adquirido es un derecho concreto.—44. Es la misma la regla que deriva de la ley sin un hecho voluntario del hombre.—45. Se vuelve sobre el concepto jurídico del derecho accesorio.—46. No basta la regla general para resolver toda controversia: cómo debe procederse en el particular.

El principio de la autoridad absoluta de cada ley es, como si dijésemos, una consecuencia natural de la soberanía de la ley y de la suprema potestad del legislador; pero la dificultad toda de la cuestión está en determinar el terreno en que cada ley ejercita su absoluta autoridad, y en fijar las reglas para decidir en qué casos debe aplicarse también la ley nueva á las relaciones jurídicas establecidas, formadas y nacidas antes de empezar á estar en vigor la misma. En otros términos, y re-

duciendo á cuestiones prácticas la dificultad, ¿en qué casos cesa, respecto á estas relaciones, la autoridad de la ley antigua, y comienza la de la nueva? ¿En qué casos subsiste la autoridad de la ley antigua, no obstante haber empezado á estar en vigor una ley nueva? ¿Cuáles son los principios por los que se pueden determinar y fijar los límites dentro de los cuales ejercen respectivamente la una y la otra de dichas leyes su absoluta autoridad?

Los escritores han discurrido generalmente sobre estas cuestiones bajo el punto de vista de la irretroactividad ó retroactividad de las leyes, y algunos han pretendido establecer una teoría general sobre la retroactividad de las leyes y fijar los principios generales para decidir cuándo debe tener la ley nueva efecto retroactivo, entre cuyos escritores se cuenta el profesor Gabba en su docto estudio sobre la retroactividad de las leyes, trabajo lleno de ciencia jurídica.

Verdaderamente, ninguna ley debe tener autoridad ó fuerza retroactiva, á no ser que el legislador le hubiese atribuído expresamente tal autoridad. Cada una de ellas ejerce su autoridad absoluta en el terreno á que, según la naturaleza de las cosas, se extienda su imperio, y aun sobre las relaciones jurídicas establecidas, nacidas ó formadas mientras esté en vigor una distinta, siempre que se pueda demostrar que sobre dichas relaciones había cesado la autoridad de la ley anterior, y por el contrario, la ley antigua continuará regulando el ulterior desenvolvimiento de las relaciones nacidas cuando estaba en vigor la misma, aunque dicho desenvolvimiento tuviera lugar después de haber dejado de estar en vigor, siempre que pueda demostrarse que dicho desenvolvimiento de las relaciones citadas no puede sustraerse á la autoridad de la ley bajo la cual fueron establecidas ó formadas.

Alguien habrá que crea que todo lo dicho se reduce á una mera cuestión de palabras de ninguna utilidad práctica; pero entendemos que no están de más dichas consideraciones, porque tenemos el convencimiento de que el fijar bien las cues-

tiones simplifica mucho la solución, y hace más seguros y exactos los resultados que se buscan.

27. Veamos de determinar los límites dentro de los que debe ser absoluta la autoridad de la ley nueva en relación con la antigua.

Dejamos aparte el caso en que el legislador haya dado expresamente á la nueva ley la autoridad retroactiva, pues en dicho caso está fuera de toda discusión que los Jueces deben aplicar la ley tal cual ella es, según el antiguo principio *non licet iudici de legibus sed secundum leges iudicare*. También, respecto de los derechos adquiridos, se debe admitir que el legislador puede en ciertos casos decretar una especie de expropiación por causa de utilidad pública; pero no por esto debe presumirse y aceptarse como máxima ó regla de Derecho en la materia que el legislador pueda perjudicar ó dañar los derechos adquiridos ya, porque no puede admitirse la retroactividad de una ley sino cuando tal efecto le haya sido atribuído por una disposición expresa, precisa y clarísima (1).

28. No se podrá tampoco encontrar razón suficiente para establecer la autoridad absoluta de la ley nueva en el carácter prohibitivo de la misma, como algunos han creído. El legislador, en efecto, puede ciertamente prohibir que sea hecha una cosa antes no vedada legalmente; pero la autoridad de dicha prohibición no podría extenderse á aquello que ya estuviese hecho antes de que fuese prohibido, y de ningún modo podría reducir á la nada los efectos jurídicos de aquello que hubiese estado legalmente ejecutado mientras la ley no lo prohibiera, si en virtud de tal hecho hubiere sido adquirido un derecho individualizado.

El carácter prohibitivo de una ley da á la misma una autoridad absoluta para lo venidero, en el sentido de que puesta una prohibición expresa por el legislador, no puede ser lícito

(1) Cass. di Torino, 2 Feb. 1870 (Galantino); Mon. de los Trib. di Mill., 1870, 226.

á los particulares hacer ó emprender nada en contradicción con tal prohibición; pero esto no puede atribuir á dicha ley la misma autoridad sobre los hechos ya puestos en ejecución cuando no existía la prohibición, ni menos desconocer las consecuencias jurídicas de tales hechos legalmente realizados.

Por ejemplo, si la ley nueva prohibiese el interés convencional superior del 6 por 100, tal ley haría nulo, sin duda de ningún género, el pacto en que se hubiese establecido un interés mayor del 6 por 100, después de estar en vigor la ley nueva; pero no extendería su precepto hasta el punto de anular el pacto en que hubiese sido convenido un interés mayor cuando la ley entonces vigente no lo prohibía. La parte que hubiera pactado un interés mayor, lo habría hecho porque tenía derecho para hacerlo, según la ley á la sazón vigente, y teniendo así adquirido el derecho de obligar á su deudor á pagar el interés convenido, podría sin inconveniente demandar el reconocimiento y amparo de ese derecho, no obstante la promulgación de la ley nueva, que hubiese declarado nulos semejantes pactos.

Existen, sin embargo, leyes prohibitivas que ejercen su autoridad absoluta aun sobre relaciones jurídicas, nacidas y formadas mientras regía la ley antigua; pero la razón de tal extensión no se funda exclusivamente en el carácter prohibitivo de la ley, sino que es consecuencia de los principios generales que regulan la autoridad absoluta de cada ley, de cuyos principios nos ocuparemos más adelante.

Lo que ha inducido á error á los jurisconsultos acerca de la autoridad absoluta de las leyes prohibitivas, es el haber confundido y considerado como unas mismas las disposiciones que sólo vedan la constitucion de determinadas relaciones jurídicas relativas á alguna ó algunas instituciones existentes, y las que por completo prohiben ciertas instituciones jurídicas, como son, por ejemplo, aquellas que han abolido los feudos, los mayorazgos y ciertas servidumbres de la gleba, etc., etcétera. La autoridad absoluta de las leyes de esta última

clase ó categoría debe admitirse, pero por otras razones distintas de la de su carácter prohibitivo, como demostraremos más adelante.

Se ha querido hacer depender todo de dicho carácter, y generalizando después la regla, se ha dicho que la autoridad de todas las leyes prohibitivas es absoluta, y que tal absoluta é ilimitada autoridad depende del carácter prohibitivo solamente, lo que no nos parece exacto.

Los mismos principios fundamentales que determinan los límites, dentro de los que ejerce su autoridad absoluta, sirven para decidir cuándo debe ó no debe tenerse por absoluta la autoridad de la ley prohibitiva respecto de las relaciones jurídicas, nacidas y formadas antes de estar en vigor.

29. Se ha querido encontrar también la razón para establecer la autoridad absoluta é ilimitada de ciertas leyes en el predominio del interés público sobre los intereses privados. De aquí que se haya establecido como regla general que todas las leyes que tienen por objeto proveer al orden público y al interés general, ejercen su autoridad ilimitada, y que el individuo no puede sustraerse al imperio de tales leyes, invocando los derechos adquiridos antes de su promulgación.

Dicha distinción no ofrece un criterio fijo, práctico y seguro para determinar el terreno ó el círculo de la autoridad absoluta de cada ley. Es cierto que debiendo regular la ley todos los intereses y las relaciones sociales, pueden distinguirse en dos grandes grupos ó categorías, según los dos órdenes de relaciones que son objeto de sus disposiciones, á saber: uno que comprende todas aquellas leyes que se refieren á la organización del poder público, *quod ad statum reipublicæ spectat*, y otro que abarca todas las leyes que regulan y gobiernan las relaciones jurídicas de las personas en el orden civil, ó sea dentro de lo que respectivamente es suyo, *quod ad singularum utilitatem pertinet.*

Se puede decir en general que las leyes de la primera de las categorías indicadas gobiernan directamente los intereses

generales y proveen al interés público, y que los de la segunda rigen los intereses particulares y atienden sólo al interés privado; pero esto no quita que en todo el Derecho privado, y aun en el Código civil mismo, se encuentren disposiciones que se refieran á la organización social y á los intereses generales.

Las leyes sobre la patria potestad y sobre la potestad conyugal, las que conciernen á los actos del estado civil, el matrimonio, la servidumbre predial, etc., etc., forman parte del Derecho privado, y por esto es por lo que están comprendidas en el Código civil, que es el que regula los derechos privados; sin embargo, no puede por menos de reconocerse que dichas leyes, aunque no son del todo políticas, lo son, sin embargo, de organización social, porque proveen á la organización de la familia ó de la propiedad, lo cual afecta en el más alto grado á la constitución de la sociedad y del Estado.

En su virtud, es evidente que si la única razón para admitir la autoridad absoluta é ilimitada de una ley nueva consistiese en referirse sus preceptos al orden é interés públicos, se tropezaría en la práctica con graves dificultades, porque resultaría verdaderamente difícil, si no imposible, el decidir en cada caso particular si las disposiciones de una ley tenían por objeto ó fin principal el regular y gobernar los intereses sociales á los intereses particulares de los asociados.

Además, tal dificultad en algunos casos debe resultar insuperable, porque en sustancia no es posible establecer una línea de separación para los intereses sociales y los particulares de los asociados, con tanto más motivo cuanto que pudiendo éstos obtener mayores ventajas de la mejor organización social, la ley que á esto provee, indirectamente favorece también sus particulares intereses, y el tener cada uno su posición jurídica, como está determinada y establecida por el legislador, tiende á eliminar la confusión y la anarquía.

30. Se ha querido derivar la autoridad absoluta é ilimitada de ciertas leyes de otras cualidades más ó menos extrínsecas

de las mismas, cual es, por ejemplo, la de ser favorable la ley. No se puede ciertamente negar al individuo que aproveche todos los beneficios y consecuencias favorables de la ley en vigor, cuando no hay para ello ningún impedimento legal. Éste no puede venir ciertamente de parte del legislador, que si da mayor amplitud y desarrollo á ciertas instituciones jurídicas existentes, lo hace con el objeto de favorecer la condición de los individuos; el obstáculo sólo podrá, por tanto, provenir de quien hubiese ya adquirido un derecho que estuviese en oposición con aquel que se quisiese hacer derivar de la ley más favorable. En este caso, no valdría ciertamente el ser la ley favorable para invocar su autoridad y fuerza, con objeto de aprovecharse de los favores de sus concesiones, si la aplicación pudiera significar la lesión de un derecho individualmente adquirido antes de empezar á estar en vigor.

La autoridad absoluta é ilimitada de las leyes favorables sólo se puede admitir para la aplicación de las leyes penales, la cual se inspira verdaderamente en un orden de ideas especial. En este orden se considera como principio fundamental el siguiente: *nulla pœna sine lege*, sosteniéndose, en su virtud, que las leyes que castigan hechos hasta entonces no penados ó que agravan la pena anteriormente establecida, no pueden ser aplicadas á los hechos anteriores á su promulgación. Por el contrario, las leyes que mitigan la pena impuesta en la legislación precedente, se aplican también á los hechos anteriores á su promulgación; pero esto obedece á consideraciones fundadas en el interés de la sociedad de no agravar, en cuanto legalmente es posible, la condición del condenado.

La razón decisiva de esta mitigación de la pena estriba en la consideración de haberse estimado que la pena más grave impuesta hasta entonces no era conforme á los principios del Derecho y de la justicia, y sería, por lo tanto, una verdadera contradicción, si reconociendo la soberanía al dictar la nueva ley que la mayor severidad está en pugna con la justicia, continuase después aplicando al reo la pena más severa,

que la conciencia jurídica nacional hubiese declarado injusta.

31. Para determinar el terreno en que cada ley ejerce su autoridad, podemos sentar las siguientes reglas, derivadas de la naturaleza del objeto de las mismas:

a) Todas las leyes se pueden dividir en dos grandes categorías. La primera comprende aquel orden que crea ó que pone término á ciertas instituciones jurídicas, y la segunda todas las que tienen por objeto el mayor desarrollo y desenvolvimiento de algunas instituciones ya existentes, y determinan las condiciones para la adquisición de los derechos.

Las leyes de la primera categoría se subdividen en dos clases. Á la primera de ellas pertenecen las que crean nuevas instituciones jurídicas, y determinan en general los derechos que de tales instituciones se pueden derivar en todo lo que forma parte de la misma comunidad de derechos. Á la segunda corresponden aquellas que quitan toda posibilidad de relación jurídica en orden á ciertas instituciones, ó que prohiben que una relación jurídica pueda ser válidamente constituída, aboliendo la institución de que dichas relaciones pueden derivarse.

Toda ley, considerada como norma jurídica de los hechos y de las circunstancias de que puede depender la adquisición de un derecho, sujeta á su autoridad absoluta todos los hechos, todas las circunstancias, todas las relaciones jurídicas, todos los negocios puestos en ejecución, nacidos ó formados mientras estuviese en vigor, y establece las condiciones jurídicas indispensables para la adquisición del derecho. Además determina también los efectos legales de todo derecho perfecto individualmente adquirido. Tales efectos legales se deben considerar como derechos accesorios del derecho principal, ya nacido é individualmente adquirido. Éstos, por lo tanto, no son otra cosa que el ulterior desenvolvimiento del derecho adquirido, como accesorios legales de dicho derecho, y por esto están sujetos á la autoridad de la misma ley vigente en el momento en que nació el derecho principal á que se refieren.

32. *b)* Todo derecho concreto y determinado encuentra su fundamento en el hecho y en la ley ó norma jurídica vigente, y se individualiza cuando se realiza por el individuo el hecho á que la ley atribuye tal virtud y eficacia, ó cuando aquél se encuentra de hecho en relación con la circunstancia determinada por la ley para la adquisición del derecho, y esto se verifica total é íntegramente en ocasión en que esté en vigor la ley de la que se pretende derivar el derecho.

El individuo que hubiere ejecutado ese hecho establecido en la ley ó que se haya encontrado de hecho en las circunstancias determinadas también por la ley, y completa é íntegramente se verifica esto, puede tener la ventaja, no sólo de haber adquirido un derecho individualizado y perfecto, sino también la de haber adquirido el derecho de deducir los efectos legales del derecho principal, siempre que tales efectos legales sean apreciados por la misma ley vigente cuando nació el derecho principal, y sean considerados por ella como accesorios legales ó como parte integrante del derecho principal á que se refieren. El derecho de deducir los efectos legales ó el ulterior desenvolvimiento del derecho adquirido es también un derecho concreto, determinado é individualizado, que encuentra su fundamento en el hecho ó en la ley: en el hecho, que es el derecho principal perfecto é individualmente adquirido; y en la ley, que es la vigente en el momento en que fué adquirido el derecho principal.

33. *c)* El poder legislativo es omnipotente dentro de los justos límites fijados por la razón y por el derecho. La ley puede desenvolver, conservar, mudar, modificar, destruir el pasado; lo que no puede es reducir á la nada los derechos perfectos individualmente adquiridos antes de haber empezado á regir. Esta limitación encuentra su fundamento en el interés público, que exige imperiosamente para la seguridad general que los ciudadanos no estén expuestos á sufrir el daño de ser privados por una ley posterior de los derechos individualmente adquiridos antes de haber comenzado á estar en vigor.

Todos los que forman parte de la misma comunidad de derechos tienen plena facultad de ejercitar su libertad civil, es decir, de hacer todo aquello que la ley permite y no prohibe; tienen derecho también para recabar todas las ventajas legales que pueden derivarse del ejercicio de la libertad civil durante el tiempo por el que hubiese sido ejercitada dicha libertad, según la ley, y en los límites del ejercicio efectivamente hecho; pero no pueden pretender ejercitar la libertad civil con la misma norma jurídica para el porvenir, ni por el hecho de haber gozado ciertos beneficios, según la ley vigente, ejercitando por un tiempo más ó menos largo la libertad civil, según la norma jurídica de dicha ley, prescrita ya, puede pretenderse derecho alguno á seguir gozando las mismas ventajas para el porvenir.

El individuo tiene el derecho de exigir que las consecuencias jurídicas de su libertad civil legalmente ejercitada le sean reconocidas y respetadas; pero no puede *inmovilizar* en su beneficio el sistema de las leyes vigentes, é impedir al legislador sujetar á nuevas reglas las consecuencias jurídicas de la libertad en el porvenir, ó de regular de mejor manera el ejercicio de la misma libertad.

En una palabra, el individuo puede justamente demandar que el ejercicio hecho ya de su libertad para el pasado le sea respetado; pero no puede pretender que el ejercicio de la libertad misma se sustraiga á la autoridad de una nueva ley para el porvenir.

34. Y ahora, reasumiendo la serie de razonamientos hechos hasta aquí, podemos establecer los principios que sirven para determinar el terreno en que la ley antigua y la ley nueva ejercitan su respectiva autoridad.

Toda ley nueva sujeta á su autoridad y á sus preceptos jurídicos todos los hechos y todas las circunstancias que pueden conducir á la adquisición de un derecho, aun cuando tales hechos y circunstancias se refieran á relaciones jurídicas nacidas antes de empezar á estar en vigor dicha ley, siempre

que no hayan sido totalmente realizadas ó definitivamente terminadas antes de ello, y de manera tal que haya podido adquirirse un derecho perfecto y concreto con arreglo á la ley anterior entonces vigente.

Esta regla tendría su aplicación, por ejemplo, en el supuesto de que una ley nueva cambiase las condiciones para la adquisición de la ciudadanía, y se diera el caso de estar cumplidas sólo en parte las exigidas por la legislación anterior para dicha adquisición; pues desde el momento en que fuera puesta en vigor la ley nueva, no podría ser adquirida ya la soberanía más que en conformidad á lo prescrito por la misma, sin que el cumplimiento parcial de las condiciones exigidas por la anterior pudiera valer para derivar de tal hecho un derecho adquirido, puesto que tal derecho no podría nacer más que en el caso de haber sido íntegra y definitivamente cumplidas todas las condiciones requeridas para ello por dicha ley, antes de que la nueva hubiese sujetado á distintas reglas jurídicas la adquisición del derecho de ciudadanía.

Lo mismo debe decirse del caso en que el derecho se derive de una ley que no haya subordinado la adquisición del mismo á un hecho ó suceso que no haya sido completamente realizado antes de empezar á estar en vigor la ley nueva.

Si ésta sujetase la adquisición del derecho á distintas condiciones, extendería su autoridad sobre el hecho y sobre el suceso, principiado mientras regía la ley antigua, siempre que no hubiese llegado á terminarse definitivamente antes de ponerse en vigor la nueva ley.

Pongamos, por ejemplo, el caso de que ésta cambiase las condiciones para la usucapión y para la prescripción. No se puede dudar que, en virtud de los principios expuestos, la ley nueva sujetaría á su autoridad hasta las usucapiones y prescripciones, cuyo término hubiese empezado á correr, mientras regía la ley anterior, cuando no hubiere sido terminado del todo el tiempo exigido por la misma, antes de comenzar á estar en vigor las disposiciones de la nueva. La razón es siempre la

misma, la soberanía absoluta de la ley respetando el derecho individualmente adquirido antes de regir la misma, y la impotencia de los particulares para limitar en lo más mínimo el poder absoluto perteneciente al legislador para establecer ó modificar las reglas jurídicas relativas á la adquisición del derecho.

Es evidente que el derecho, que por virtud de la ley pertenece al poseedor, de hacer valer el tiempo de la posesión para adquirir la propiedad de la cosa poseída, no nace sino en el momento en que el término legal, exigido por la legislación vigente, esté completamente terminado y cumplido del todo bajo las condiciones por la ley establecidas. Por lo tanto, si antes de espirar dicho término modificase ésta las condiciones para usucapir, no podría el que hasta entonces hubiera estado poseyendo, alegar derecho alguno adquirido, porque, como queda dicho, no nace el derecho perfecto mientras no se haya cumplido todo aquello que la ley vigente exige, ó cuando se encuentra el individuo en las circunstancias ó condiciones por la ley establecidas para la adquisición del derecho. El que no se halle en este caso, no podrá sustraerse á la autoridad de la ley nueva, pues así como la autoridad del legislador, en lo que se refiere á la determinación de las condiciones para la adquisición de los derechos, es absoluta é ilimitada, absoluta é ilimitada es también la autoridad de la ley por él sancionada.

35. Análoga regla se aplica para determinar la autoridad de la ley que crea nuevas instituciones jurídicas y determina las condiciones requeridas para la adquisición y ejercicio de los derechos que de tales instituciones pueden derivarse.

Toda nueva institución produce, como su consecuencia natural, de una parte cierto poder y facultad á favor de todos los individuos sujetos á la misma para ejercitar la libertad civil, según las reglas jurídicas, y de otra impone á las mismos ciertas cargas y obligaciones que limitan el ejercicio de su libertad. De la ley que ha creado una nueva institución jurídica derívanse también varias facultades legales, á las cuales se da

el nombre de derechos públicos, y denotan aquellos de que pueden participar todos los que forman parte de la misma comunidad de derecho, y gozan de la facultad concedida por el legislador para adquirirlos, ajustándose á las reglas por él mismo prescritas.

Una nueva ley de organización judicial ó de competencia; una ley que atribuyese á cierta persona poder sobre otras sujetas á su autoridad ó que crease nuevas instituciones para proveer á la administración de los bienes de estos últimos, y cualquiera otra semejante produciría, por lo tanto, la consecuencia natural de regir sobre las personas, atribuyéndoles cierta facultad ó libertad, é imponiéndoles á la vez varias cargas y obligaciones.

36. Conviene, sin embargo, notar que esas facultades y cargas no constituyen, como tales, un derecho individualizado, sino un derecho público. El derecho que de tales leyes puede nacer, no se individualiza sino cuando el individuo se vale ó hace uso de la facultad y de la libertad, y realiza el hecho establecido por la ley para adquirir el derecho, ó finalmente, cuando se encuentra de hecho en las circunstancias ó condiciones establecidas por el legislador para ganar un derecho. En una palabra, el derecho se individualiza mediante el ejercicio de la libertad civil. Resulta, pues, evidente que todas las leyes dichas deben tener una autoridad absoluta é ilimitada, porque no tienden á otra cosa que á fijar las reglas jurídicas para la adquisición de los derechos individualizados, y no pueden de ningún modo causar lesión alguna á los derechos individualmente adquiridos, porque éstos no podrían nacer más que del ejercicio de la libertad, cuando fuere ejercida según la nueva norma jurídica desde que empezó á estar en vigor la misma.

No valdría decir en contrario que la persona que tuviera que sufrir una carga ó una limitación de su libertad por consecuencia de la nueva institución, podría impugnar la autoridad de la nueva ley, alegando que dicha limitación no estaba establecida en la antigua, vigente la cual hubiese comen-

zado á ejercer su libertad, porque tal pretensión no tendría ningún fundamento jurídico.

37. Todo individuo puede ejercitar la libertad civil, según la ley vigente; pero no puede jamás adquirir el derecho de ejercerla siempre de la misma manera. Sería una pretensión verdaderamente extraña el querer considerar la simple falta de una disposición legislativa como el principio de un derecho accesorio individualmente adquirido, y aducir que por tener adquirido un derecho mientras regía una ley que no limitaba la libertad, en cuanto á su goce y ejercicio, se pudiere tener así adquirido el derecho accesorio de no reconocer y someterse á las ulteriores limitaciones que pudieran ser ordenadas por una ley posterior. Esta sería una extraña pretensión, repito, porque conduciría á atribuir al individuo el derecho de impedir los progresos del sistema jurídico y de desconocer el poder que tiene el legislador de proveer á las necesidades de la sociedad, creando nuevas instituciones jurídicas en armonía con las mismas.

Supongamos que una nueva ley instituyese el divorcio, ó estableciese la patria potestad á favor de las madres, ó creara la institución de la autorización marital ú otra cualquiera, con la cual se modificase la capacidad de las personas, y se atribuyese á otro poder y autoridad sobre las mismas, y sería un manifiesto error el querer poner en duda la autoridad ilimitada de estas leyes.

Aquellos que contrajeron el matrimonio estando en vigor una ley que no admitiera otro medio para desatar el vínculo conyugal que la muerte, no podrían desconocer, sin embargo, la autoridad de una nueva que aceptase el divorcio, alegando para ello tener adquirido un derecho accesorio de su derecho principal, como casados, de no poderse desatar ni dividir el matrimonio de otro modo que con la muerte.

38. Según hemos hecho constar más adelante, se puede considerar como derecho accesorio adquirido con el derecho principal aquello que es consecuencia legal de la ley y de la norma jurídica vigente en el momento en que el derecho principal

fué individualmente adquirido, y que por dicha ley y norma jurídica sea considerado como accesorio legal, como elemento integrante del derecho principal; pero sería un manifiesto error el querer encontrar el principio de un derecho accesorio en una disposición legislativa que reconociera y determinase un derecho principal, ó pretender que el goce del derecho principal no pudiese sujetarse á nueva norma por una ley posterior.

Por la misma razón, el hijo que, según la ley vigente, esté sujeto á la patria potestad del padre solamente, no podría desconocer la autoridad de la ley nueva que le sometiese á la patria potestad de la madre, alegando el derecho adquirido. Una regla jurídica, concreta y determinada, existente en la misma ley, que estaba en vigor cuando nació el derecho principal, puede ser el fundamento de un derecho accesorio; pero éste no se puede derivar de una absoluta negación ó de la falta de una disposición de ley.

Continuando en el mismo orden de ideas, se debería decir que si la ley nueva estableciese una nueva causa para la resolución de un contrato, no tenida presente por la ley antigua, y el hecho establecido por la ley nueva fuese voluntariamente realizado en la persona contra la cual se aduce después de comenzado á estar en vigor la misma, el hecho sobredicho caería bajo el precepto imperativo de la nueva ley.

En vano se querría eludir la autoridad absoluta de la ley nueva sobre el hecho en cuestión y sobre las consecuencias jurídicas del mismo, por la sola razón de que dicho hecho no estaba establecido como una causa de resolución en la ley anterior, vigente la cual contrataron las partes, pues no puede nadie tener derecho alguno adquirido para impedir al legislador disponer acerca de los hechos no comprendidos en la ley antigua, ó para desconocer la autoridad de la ley nueva, en cuanto á las consecuencias jurídicas del hecho en ella consignado, que tengan efecto después de haberse puesto en vigor dicha ley.

39. Lo que hemos dicho hasta aquí sirve para determinar la

autoridad absoluta de la ley nueva, en cuanto á los derechos que se adquieren con el ejercicio sucesivo. La adquisición de tales derechos no se puede considerar consumada definitivamente por la realización del hecho ó de las circunstancias y condiciones exigidas por la ley, sino que depende del ejercicio que se haga. Por eso, aun cuando el derecho se individualiza mediante el ejercicio, sin embargo, no puede decirse que está definitivamente adquirido más que en el límite del ejercicio que fuese hecho ó que se tenga derecho á hacer.

Esto se puede decir del usufructo legal establecido á favor del padre ó de la madre sobre los bienes de sus hijos no emancipados de la servidumbre legal ó de la costumbre, etc., etc. Si la ley nueva, en efecto, suprimiese del todo el derecho del usufructo legal en favor del padre, ó no restringiese su alcance, tal ley ejercería su autoridad desde el momento en que comenzó á estar en vigor, aunque la patria potestad hubiese sido adquirida bajo la antigua ley ó que los bienes de los hijos sobre los cuales se quisiera ejercer el usufructo hubieran sido adquiridos mientras estaba en vigor la ley anterior. La razón consiste en que la adquisición del usufructo no se consuma adquiriendo el derecho de patria potestad sino mediante el ejercicio de dicha potestad. Luego si todo depende del ejercicio, si éste se verifica después de haber empezado á regir la ley nueva, debe sujetarse á las disposiciones de la misma.

La ley nueva no podría cambiar el pasado y reducir á la nada el usufructo ya adquirido antes de su promulgación, pero puede proveer para el porvenir, sin que ninguno tenga derecho á quejarse de que para en adelante se alterasen las condiciones y reglas hasta entonces establecidas, porque nadie adquiere derecho alguno para ejercitar la patria potestad, siempre del mismo modo, ó para impedir al legislador que sujete á nuevas reglas jurídicas el ejercicio de la patria potestad misma y la adquisición de los derechos accesorios dependientes del ejercicio de la patria potestad para el porvenir.

Diríase lo mismo de una ley nueva que instituyese nuevos

medios de ejecución forzosa. Esta, pues, extendería su autoridad á todos los actos del procedimiento que pudieran ser hechos después de haber empezado á estar en vigor, aunque hubiera tenido origen bajo la legislación anterior la obligación por la que se proceda. El derecho perteneciente al acreedor para proceder contra su deudor por todos los medios de ejecución permitidos por la ley vigente, no produce, sin embargo, un derecho concreto é individualizado, más que mediante el ejercicio por virtud del cual procede de hecho á la ejecución forzosa.

Ahora bien; es evidente que la ley nueva no podría regular el ejercicio ya hecho, pero sí podrá sujetar á su imperio el que se deba hacer después de haber empezado á estar en vigor, bien sea que el débito por el cual se quiera proceder á la ejecución haya nacido después de su promulgación, bien haya nacido con anterioridad.

La razón es siempre la misma, á saber: que el individuo ó el particular no puede alcanzar ningún derecho concreto é individualizado acerca de los medios de ejecución forzosa establecidos en la ley, sino cuando descendiendo éstos de la ley vigente, procede á la sazón á la ejecución, y también del mismo modo que el acreedor no podría impedir al legislador establecer nuevos medios de ejecución; así el deudor que contrató mientras regía una ley que no consintiera un corto medio de ejecución forzosa, no podría fundar en la falta de una disposición legislativa ningún derecho para desconocer ó impugnar la autoridad de las leyes posteriores que para velar mejor por los derechos del acreedor estableciesen un nuevo medio de ejecución forzosa.

Teniendo en cuenta estas indicaciones, puede determinarse el terreno en que, tanto la ley antigua como la nueva, ejercitarían su autoridad si hubiese modificado solamente los medios de ejecución ya establecidos en la ley antigua. En este supuesto, sujetaría á su autoridad aun las ejecuciones comenzadas, toda vez que el derecho que se ejercita no puede tenerse por adquirido más que en el límite del ejercicio que se haga. Esto

mismo debe decirse de la ley nueva que limitase la duración del arresto personal. El acreedor que hubiese procedido al arresto del deudor en virtud de una sentencia pronunciada estando vigente la ley antigua, no podría ejercitar el derecho de tenerle en arresto más que por el tiempo determinado en la nueva ley.

40. Por principios análogos, se debe resolver toda cuestión que se suscite sobre la autoridad de una nueva ley prohibitiva. Esta tampoco podría tener autoridad para reducir á la nada los derechos ya definitivamente adquiridos antes que existiera la prohibición; pero sí puede impedir que tales derechos nazcan después de su promulgación, é impediría también la adquisición de los derechos relativos á las relaciones jurídicas anteriores, si la adquisición de tales derechos dependiese del ejercicio sucesivo.

Supongamos, por ejemplo, que una ley nueva aboliese una servidumbre legal. Ella extendería su autoridad para el porvenir aun sobre la servidumbre que hubiese sido ejercida por un tiempo más ó menos largo en el pasado, ó sea mientras regía la ley anterior.

Por el contrario, la ley que aboliese la pesquisa ó investigación de la paternidad no debería en rigor extender su autoridad sobre relaciones de filiación natural establecidas según la ley anterior y reducir á la nada el derecho de ofrecer las pruebas de ella.

La razón se encuentra en los mismos principios generales antes de ahora expuestos. El estado de cada persona es un derecho individualizado y concreto. Se adquiere definitivamente y queda perfecto cuando el que ha de adquirirlo se encuentra en las circunstancias de hecho exigidas por la ley vigente, supuesto que tales circunstancias se han realizado total é íntegramente todas ellas mientras regía la ley de que se derivan. El derecho de suministrar las pruebas del estado, irrevocablemente adquirido según la ley vigente cuando fué adquirido dicho estado, es un derecho individualizado y concreto. Es, ade-

más, un derecho accesorio, una consecuencia legal, un elemento complementario é integrante del derecho principal, y se adquiere por virtud de la misma ley, de la cual se deriva el derecho principal á que se refieren.

Es claro y evidente que, debiendo disponer la ley para el porvenir, la ley nueva que aboliese las pesquisas ó investigaciones de la paternidad no debería reducir á la nada el estado de hijo natural adquirido según la ley anterior, y debería conceder al interesado el establecer y justificar su estado mediante la prueba que en conformidad de la misma debería ser dada. No estando el pasado en el poder del legislador, no puede la ley prohibitiva reducir á la nada las relaciones jurídicas legalmente establecidas antes de que fuese sancionada la prohibición.

Tales consideraciones vienen á confirmar lo que ya tenemos dicho antes, á saber: que el criterio para determinar la autoridad absoluta de la ley nueva no puede derivarse de su carácter prohibitivo. No. Sea la ley prohibitiva, sea preceptiva, uno mismo es siempre el principio que informa la materia, el de que su autoridad sólo se extiende al porvenir y no sujeta á su imperio el pasado; por lo tanto, el terreno en que ejerce su autoridad absoluta é ilimitada, es el de los derechos individualizados que no han llegado á perfeccionarse, pero que deben ser adquiridos á partir desde el momento de empezar á estar en vigor dicha ley.

41. Expuesto esto, pasemos á determinar el terreno en que ejerce su autoridad absoluta é ilimitada la ley antigua.

Lo que tenemos dicho hasta aquí, nos facilita la solución. La ley antigua, vigente en el momento en que fué individualmente adquirido el derecho, sujeta á éste á su imperio y rige el ulterior desenvolvimiento del mismo, aunque esto tenga lugar estando ya en vigor otra ley distinta, con tal que llegue á perfeccionarse dicho derecho ó á consumarse, en suma, íntegra y completamente la adquisición del mismo, mientras regía la ley de que se derive dicho derecho.

Para comprender el justo sentido de esta última indicación, es menester hacer notar que expresa é intencionalmente hemos dicho que la adquisición sea definitivamente consumada, y no que lo sea el derecho, lo cual acusa una diferencia que no es pequeña. En efecto, el derecho adquirido y consumado no podría dar lugar á dudas, porque es sabido que al llegar á dichas condiciones pasa á formar parte del propio patrimonio, y no es posible sospechar siquiera que en tales circunstancias pueda dejar de tener sobre ella autoridad la ley nueva.

Hemos distinguido antes los derechos definitivamente adquiridos de aquellos que se adquieren sucesivamente por el ejercicio de las facultades concedidas por la ley. Estos se deben considerar siempre como adquiridos en lo pasado y en los límites del ejercicio hecho ó que se tenga derecho á hacer en lo futuro. Por eso en cuanto á tales derechos es igualmente absoluta la autoridad de la ley antigua, pero en los límites del ejercicio hecho mientras estuviere en vigor.

42. La ley antigua sujeta, por otra parte, á su imperio absoluto, también los accesorios legales del derecho principal totalmente adquiridos, siempre que dichos accesorios sean una consecuencia legal del derecho principal ó sean considerados como tal por la misma ley en virtud de la cual fué adquirido el derecho principal á que se refieren; es decir, que deben derivarse de la norma jurídica consignada en dicha ley, la cual considera estos efectos ó accesorios legales como elementos complementarios é integrantes del derecho principal.

Aun cuando se quisieran deducir ó se debieran realizar tales efectos ó accesorios legales, estando ya en vigor una ley distinta de aquella que dió origen al derecho principal, no por eso dejaría de reconocerse la autoridad de ésta, ó sea de la ley antigua, porque constituyen también derechos adquiridos, y como tales están bajo el imperio de la que regía cuando fueron adquiridos, á pesar de que ese ulterior desenvolvimiento del derecho principal tenga lugar después de hallarse en vigor una ley distinta de aquélla.

Esta regla se comprende más fácilmente aplicándola á los derechos que toman su origen de un hecho voluntario del hombre. El que voluntariamente llevase á efecto un hecho del cual se deriven, según la ley vigente, ciertos derechos ó cierta potestad en favor de otro, no puede alterar ó modificar por su sola voluntad los efectos jurídicos que legítimamente son una consecuencia jurídica del hecho mismo.

El acto jurídico y la ley que le rige forman, por otra parte, un título irrevocable contra el autor del hecho y constituyen el derecho adquirido. Tales son los derechos que se derivan de los contratos y cuasicontratos, ó de los delitos y cuasidelitos.

La ley que se hallaba en vigor en el momento en que fueron constituídos tales derechos, ejerce su autoridad absoluta é ilimitada sobre los derechos que están por consumarse, y en cualquier tiempo en que se suscitase cuestión acerca de ello, no podría menos de reconocerse el imperio absoluto de la ley bajo la cual fueron creados ó constituídos.

La razón por la que no puede la ley nueva sujetar á su imperio estos derechos (salvo siempre el caso en que esté así expresamente dispuesto) es para nosotros evidente. La ley dispone para el porvenir, luego el derecho adquirido antes de empezar á regir pertenece al pasado, y éste no está dentro del poder del legislador. Por lo tanto, resulta que siempre que se contienda sobre la existencia, naturaleza ó extensión de tales derechos, debe el Juez ó Magistrado que hubiere de resolverla, separar el precepto imperativo ó la norma jurídica establecida por la ley para determinar su alcance y valor, con arreglo á la ley, en virtud de la que fueron adquiridos, no obstante que en el momento en que hubiera de deducirse dicha controversia estuviese en vigor una ley distinta.

43. También están sujetos á la autoridad absoluta é ilimitada de la ley, bajo la que fué adquirido el derecho principal, los efectos jurídicos del mismo, cuando tales derechos son adquiridos en virtud de un hecho voluntario del hombre, y se derivan dichos efectos inmediatamente de la propia naturaleza del

derecho, según la ley ó la norma jurídica vigente en el momento en que el hecho fué ejecutado.

Todo aquello que puede ser consecuencia *de una disposición legal*, que esté en vigor mientras nace el derecho y la obligación, constituye un derecho adquirido contra el obligado. Todo derecho concreto y determinado encuentra su fundamento en la ley y en la norma jurídica, y toda norma jurídica positiva vigente en el tiempo en que el hecho acaece y que con el hecho se relaciona, tiene por sí mismo la virtud de atribuir derechos concretos y determinados. Por eso, dice oportunamente Lauterback: *ea enim quæ auctoritate legis vel consuetudinis contractum comitantur eidem adherent, naturalia á doctoribus apelantur*. Lepenim altera «est quasinatura et innaturam transit» (1). La garantía que sin necesidad de formal convención es establecida por la ley, sería siempre regida y gobernada por la ley que estaba en vigor mientras nació la obligación y no sufrirá ninguna modificación aunque la ley nueva no admitiese en adelante más dicha garantía.

Los efectos que pueden derivarse de la pérdida de la cosa debida, serán siempre regidos por la ley que estuviese en vigor en la época en que la obligación principal nace, aunque en el momento en que se verificase la pérdida estuviese en vigor una ley distinta.

Por la misma razón, cuando un derecho que deriva de una convención, es sujeto, según la ley vigente, en el momento en que la convención fué concluída á una condición resolutoria, si se cumpliese dicha condición produciría el efecto de rescindirle según dicha ley, á pesar de que en el momento en que tal condición se cumpliera estuviera vigente una ley que no admitiese más esta causa resolutoria.

La razón siempre es la misma, esto es, los efectos legales del derecho principal adquirido que derivan ó de una disposición de la ley en vigor ó de una norma jurídica vigente, son

---

(1) Lauterback, *Disert.*, 104-6, núm. 58.

como accesorios legales, como complemento ó parte integrante del derecho principal á que se refieren, y como tal, constituyen derechos perfectos adquiridos y están sujetos siempre á la autoridad de la misma ley vigente en el momento en que fué adquirido el derecho principal.

Se puede, pues, establecer como regla, que la ley que regía en el momento en que fueron adquiridos los derechos en consecuencia de un hecho voluntario del hombre, rige absoluta é ilimitadamente tales derechos y los accesorios legales de los mismos, y en suma, no experimenta alteración alguna su autoridad por empezar á estar en vigor una ley nueva.

44. Los mismos principios sirven para determinar la autoridad absoluta é ilimitada de la ley antigua sobre los derechos adquiridos á consecuencia de haberse encontrado el individuo en las circunstancias de hecho establecidas por la ley para dicho objeto y sobre los efectos y accesorios legales de tales derechos. No nos detendremos, pues, á repetir el razonamiento.

Aquel que se encontrase, por ejemplo, en estado de tutela legal, según una ley con arreglo á la cual tuviese la hipoteca legal contra el tutor, continuaría disfrutándola aunque viniese después una ley nueva á modificar con sus disposiciones lo relativo á dicha hipoteca legal. Podemos, por lo tanto, establecer como regla general, que la ley, bajo la cual tuvo origen el derecho y sus efectos ó accesorios legales, debe regular siempre dicho derecho.

Por la misma razón la fuerza probatoria de tal ó cual acto legal debe ser absolutamente regulada por la ley que estuviese en vigor en el momento en que fué ejecutado el acto, aun cuando dicha fuerza probatoria haya sido restringida después por otra ley posterior.

45. Conviene advertir antes de dar por terminado este punto, que no se puede considerar como efecto legal de la ley á que estuviese sujeto el derecho principal aquello que podría ser hecho según la misma por no existir en ella disposición alguna que lo prohibiera. Por el contrario, sólo debe entenderse

por accesorio legal del derecho principal, susceptible por lo tanto según hemos dicho de constituir un derecho adquirido, aquello que se derive de una disposición positiva y determinada y no lo que quiera deducirse de la falta de preceptos de la ley en vigor relativos al particular.

La segunda advertencia que tenemos que hacer es que no deben confundirse tampoco los efectos legales del derecho ó de la obligación principal, que, según hemos dicho más adelante, son como accesorios legales del derecho ó de la obligación misma, con los efectos legales que pueden derivarse de hechos eventuales que ocurran con ocasión del ejercicio del derecho ó del cumplimiento de la obligación. Dichos efectos legales pueden sujetarse á la autoridad de la ley nueva cuando tienen lugar después de haber empezado á estar en vigor ésta, porque no son efectos legales del derecho principal, sino del suceso eventual ó del hecho nuevo ocurrido con independencia de él y estando ya rigiendo una nueva disposición legal.

Los principios expuestos hasta ahora evitan muchas dudas y controversias, cuya solución se encuentra ya en los mismos principios; pero no las quitan del todo, pues aun pueden suscitarse algunas en la práctica.

Por ejemplo, en el caso de tratarse de una ley interpretativa de otra anterior, puede promoverse cuestión y suscitarse dudas, que no se hallan desde luego resueltas en los principios indicados, sobre la fuerza y autoridad de la misma en cuanto al establecimiento del verdadero sentido de la ley anterior por ella interpretada, y sobre la época desde que debe regir dicha interpretación.

No es posible sostener en serio que por haber sido interpretada una ley de la misma manera varias veces y por haber dado vida á ciertas relaciones jurídicas, se tuviese derecho para impedir al legislador la declaración del verdadero sentido é inteligencia de la ley y desconocer la eficacia absoluta de la interpretación por ella fijada cuando se tratase de aplicar la ley interpretada á todos los casos jurídicos hasta enton-

ces no decididos. Pero no es posible admitir que por vía de posterior interpretación se reduzcan á la nada ó perjudique en lo más mínimo las relaciones jurídicas perfeccionadas ya mediante sentencia definitiva ó transacción, por lo que sólo debe ser aceptada en cuanto á las relaciones no establecidas definitivamente todavía, ó que se hallasen pendientes en el momento en que fué debidamente publicada la ley interpretativa, en cuyos casos es absoluta la autoridad de la interpretación dada en la misma por el legislador.

Los casos en que la aplicación de los principios antes expuestos dan lugar á dudas, son en mayor número aún.—Uno de ellos es el en que la ley nueva modificase las disposiciones relativas á la sucesión, alterando, por ejemplo, la cuota de que puede disponer libremente el testador. ¿Qué efecto tendría, en efecto, esta ley sobre la liberalidad hecha con anterioridad á la apertura de la sucesión mientras regía una ley que determinase de distinto modo la parte disponible?

¿Cuál sería la autoridad de la ley nueva que modificase lo relativo á la colación de la liberalidad hecha antes de haber empezado á estar en vigor la misma?

Una ley nueva que admitiese como suficiente para pedir la rescisión de un contrato de renta perpetua el hecho de no haber pagado los réditos por dos años, ¿tendría autoridad sobre los contratos de la misma clase establecidos bajo una ley que no autorizara semejante petición?

Para resolver todos estos y otros muchos casos dudosos que pueden suscitarse, conviene examinar separadamente cada una de las materias á que se refieren, y desenvolver los principios que respecto de cada uno de ellos hemos aplicado.

Examinaremos, pues, á continuación con este objeto y por separado la autoridad de la ley antigua y de la nueva en las relaciones jurídicas que se derivan:

a) Del Estado y de la capacidad jurídica de las personas.
b) De las relaciones de familia.

c) De la condición jurídica de las cosas y de los derechos que á ella se refieren.

d) De la sucesión testamentaria ó legítima.

e) De los contratos y cuasi contratos.

f) De cuanto atañe á la forma de los actos y al procedimiento.

De este modo, y según concurran unas ú otras circunstancias, cada individuo es calificado de ciudadano ó extranjero, casado ó soltero, padre ó hijo, y aun dentro de este concepto de natural ó ilegítimo, de mayor ó menor, de interdicto ó inhabilitado y emancipado, etc., etc.

48. Del estado personal nacen ó se derivan derechos y deberes, bien entre las personas de la familia, bien en relación con el Estado. Estos derechos y deberes están también previamente establecidos por el legislador, el cual concede á las personas entre quienes se llevan á efecto las relaciones del estado personal de familia ciertos derechos y ciertas facultades, y por otra parte les impone determinados deberes y obligaciones; de lo que se deduce que de dichas personas las unas han de tener poder ó autoridad sobre las otras y aun sobre sus bienes, y que las otras sufren ciertas limitaciones respecto de la capacidad para hacer ciertos actos y para administrar ó disponer de sus bienes.

Los principios son los mismos en cuanto á las relaciones que se derivan de la ciudadanía, puesto que la ley impone algunos deberes y concede algunos derechos á aquellos que se encuentran en determinadas condiciones respecto del Estado y viceversa.

49. Es preciso hacer constar para comprender bien la naturaleza de los mismos y no incurrir en error, que los derechos y deberes que según la ley tienen relación con el estado personal no son consecuencia necesaria del estado mismo, de modo que no pueda separarse una cosa de la otra. No. El estado es el hecho jurídico primordial, la premisa necesaria que el legislador considera como la condición *sine qua non* para conceder al individuo aquella capacidad y aquellos determinados derechos de que antes hicimos mención, pero no sería exacto considerar dichos derechos como consecuencia necesaria del estado personal y tan permanentes y estables como el estado mismo.

50. La teoría justa, á nuestro modo de ver, es que el estado

se adquiere bajo las condiciones exigidas por la ley vigente, y es el hecho jurídico sin el cual no puede considerarse el individuo en aptitud para desenvolver ó ejercitar esta ó aquella actividad en la esfera del derecho privado. Los individuos, pues, á quienes la ley confiere un estado jurídico, adquieren *uti singuli* el derecho á que sea reconocido su estado según fué legalmente constituído con arreglo á la ley, y, por otra parte, deben ser considerados con capacidad bastante para ejercitar válidamente su actividad conforme á la norma establecida por la ley vigente; pero no adquieren ni pueden adquirir el derecho de ejercitar perpetuamente dicha actividad de la misma manera, ni el de impedir al legislador que sujete á nueva norma jurídica las relaciones que nacen del estado personal. Consecuencia natural de esto es que si la ley nueva modificara las reglas establecidas acerca de las consecuencias jurídicas del estado personal, obligaría á todos dicha innovación desde el momento de estar en vigor, por virtud del principio general de que la autoridad de la ley es absoluta en cuanto regula el ulterior desenvolvimiento de la actividad individual.

De lo dicho se deduce que de las disposiciones de la ley nueva relativa al estado y á la condición jurídica de las personas, hay que distinguir, para dar una solución definitiva, las que se refieren á las condiciones exigidas para mantener un estado jurídico legalmente constituído de la que regulan la capacidad y el ejercicio de los derechos y el desenvolvimiento en general de la actividad humana en el terreno del Derecho privado.

En conclusión, puesto que el estado como hecho jurídico se perfecciona siempre que concurren ó se llevan á efecto todas las circunstancias exigidas por la ley, resulta evidente que cuando esto tenga lugar antes de estar en vigor la ley nueva, debe mantenerse como un derecho perfecto y adquirido el estado constituído con arreglo á la legislación anterior, y no podría en suma ser desconocido ni impugnado á pesar de ser distintas las disposiciones de la ley nueva en cuanto á la con-

cesión de dicho estado. Por lo tanto, el estado de cónyuge, de padre y de hijo legítimo ó natural, de *persona sui juris*, etc., adquirido antes de estar en vigor la ley nueva, debe ser respetado del mismo modo que cualquier otro derecho que hubiese sido legalmente adquirido.

51. Por el contrario, como la capacidad conexa con dicho estado y los derechos y deberes nacidos de las relaciones del estado personal no son consecuencia necesaria de éste sino derivación de la ley, que los determina según las exigencias del orden social y del orden moral así como de la utilidad general, no pueden ser considerados como un derecho adquirido definitivamente, sino que deben quedar sujetos á las modificaciones que introduzcan las leyes posteriores desde el momento en que empezaron á regir.

En su virtud, el que con arreglo á la legislación vigente al tiempo de adquirirse dicho estado hubiese llegado á la mayor edad, á los 25 años por ejemplo, continuaría siendo mayor de edad aunque una ley posterior viniese á exigir mayor edad para la adquisición de ese estado; pero tendría una ú otra capacidad y unos ú otros derechos y deberes según fuesen modificadas ó no por una ley nueva las disposiciones de la legislación vigente al tiempo de constituirse tal estado.

52. Esto no es más que el corolario de la regla general, según la que todo hecho jurídico ó consecuencia de hecho jurídico que no constituya un verdadero y propio derecho adquirido y que no haya llegado como tal á ser un derecho individual y perfecto antes de empezar á regir una ley nueva, tiene que estar sujeto al imperio de ésta.

El legislador, que no quiere destruir el pasado, ha de respetar el estado de cónyuge, por ejemplo, adquirido con arreglo á la legislación anterior, aunque haya sujetado á nuevas condiciones la existencia jurídica del matrimonio; pero si para arreglar mejor los intereses de la familia hubiese dispuesto que la mujer no pudiera válidamente enajenar ó donar sus bienes parafernales más que con la autorización del marido, tal dis-

posición obligaría aun á aquellos que se hubiesen casado y hubieran adquirido dicho estado estando vigente la legislación anterior que no admitía tal limitación á la capacidad de la mujer.

Aplicando la nueva disposición legal en este caso, no se cambiaría ciertamente el pasado, porque no llegarían á invalidarse las enajenaciones y donaciones llevadas á cabo por la mujer sin la autorización indicada antes de estar en vigor la ley nueva, sino que se proveería para el porvenir, impidiendo que semejantes enajenaciones pudieran ser válidamente hechas desde entonces.

En cambio, si al estado de las personas se aplicasen del mismo modo las disposiciones de la nueva ley, se destruiría el pasado, puesto que alterándose las condiciones para la adquisición del mismo, tendría que perderlo el que no reuniese dichas condiciones, por más que lo hubiese legalmente adquirido con arreglo á la legislación á la sazón vigente. Esto explica la distinción que antes indicamos.

Los mismos principios demuestran que si la ley nueva eximiese á la mujer de la obligación de obtener la previa autorización del marido para hacer válidamente ciertos actos, no sería necesaria dicha autorización, hasta entonces exigida, para los actos que llevase á cabo después de estar en vigor dicha ley.

La razón es siempre la misma, esto es: que el derecho del marido en este caso, como el de la mujer en el anterior, no puede ser considerado como un derecho perfecto más que respecto al pasado ó sea en cuanto á los actos llevados á cabo mientras rigiese la ley anterior, y de ningún modo respecto á lo futuro porque entonces se impediría al legislador regular mejor, según las exigencias sociales, los derechos y los deberes que nacen entre los cónyuges.

De lo dicho hasta aquí se puede deducir que la regla para determinar la autoridad de la ley nueva en cuanto á los actos y relaciones jurídicas relativas al estado de las personas y á

los derechos y deberes que del mismo nacen, es la misma que para todas las demás relaciones de Derecho, la cual fué ya expuesta por nosotros en la parte general.

53. La gran mayoría de los escritores enseña que las leyes concernientes al estado y á la capacidad de las personas son, por su propia naturaleza, retroactivas (1). Nosotros, sin embargo, sostenemos que, salvo expresa disposición en contrario, no son retroactivas dichas leyes, puesto que no tienen por objeto cambiar el pasado sino proveer para lo futuro. No sujetan, en efecto, á su imperio los hechos jurídicos y los derechos perfeccionados ya bajo una ley anterior, sino que sólo extienden su autoridad sobre los que han empezado á tener efecto después de estar en vigor la ley nueva y sobre las consecuencias jurídicas de los hechos anteriores que no tienen el carácter verdadero y propio de un derecho adquirido, lo que quiere decir que provee para el porvenir y respecto á los derechos que se perfeccionan después de su promulgación.

Examinando, en general, las leyes relativas al estado y á la condición jurídica de las personas, observamos que ó cambian las condiciones constitutivas de dicho estado ó modifican la capacidad y los derechos y deberes que nacen de las relaciones del mismo.

Las disposiciones de la primera de dichas clases no son ciertamente retroactivas, porque el estado adquirido según la ley anterior no puede ser desconocido si la ley nueva hubiese modificado las condiciones constitutivas del mismo, y deben, por lo tanto, aplicarse sólo para regular el estado personal adquirido después de estar las mismas en vigor.

Las disposiciones de la segunda clase tampoco son retroactivas, porque los actos ya ejecutados y perfeccionados en los lí-

---

(1) Confr. Merlín, *Effet retroactif* repert. Demolombe, *Cód. civ.*, v. I. Bianchi, *Elementi dei Códice civile*, vol. I., *Nozioni preliminari*, § 2. Borsarí, *Comment. al Cód. civ.*, y Gabba, *Retroattività delle leggi*, el cual refiere las opiniones de los escritores y expone puntual y cuidadosamente la doctrina y la legislación relativa á este punto. Vol. II, cap. II.

mites de la capacidad atribuída por la legislación anterior, deben ser considerados en rigor como válidos aunque la nueva ley haya modificado las reglas relativas á la capacidad. Pero en cuanto á los actos que tengan que llevarse á efecto después de estar en vigor la ley nueva, sujetos están á la nueva norma jurídica, no porque la ley tenga de tal modo fuerza retroactiva, sino en virtud de la absoluta autoridad de la ley, como decíamos antes, y de la obligación que tiene todo individuo de usar de la libertad civil según las reglas vigentes en el momento en que es ejercitada su actividad.

Las disposiciones, pues, relativas á los derechos y deberes de las personas entre las que median las relaciones jurídicas derivadas del estado personal no tienen fuerza retroactiva, porque la ley nueva no puede reducir á la nada los derechos utilizados y los beneficios gozados ya con arreglo á las leyes anteriores, y si sujetan á sus preceptos imperativos los derechos y deberes nacidos con posterioridad á su promulgación, es porque no pueden considerarse definitivamente adquiridos más que en cuanto fueren efectivamente ejercitados según las disposiciones á la sazón vigentes y en los límites del ejercicio hecho ó que se tenga derecho á hacer antes de empezar á regir la ley nueva; por lo que sólo pueden ser considerados como derechos adquiridos en cuanto al pasado y de ningún modo respecto al porvenir.

Ahora bien; siendo esto así, ¿por qué se pretende confundir toda la materia estableciendo un principio que no es exacto, cual es la de la retroactividad de las leyes concernientes al estado y á la capacidad de las personas?

Queriendo conciliar este principio inexacto con la naturaleza de las cosas, se han visto obligados los que tal sostienen á recurrir á las excepciones y distinciones que complican y hacen en extremo intrincada toda la teoría jurídica relativa al particular.

En confirmación de cuanto tenemos dicho ya, debemos hacer notar que en todos aquellos casos en que un derecho ac-

cesorio derivado de las relaciones del estado personal pueda ser considerado como un derecho perfecto y adquirido según la ley anterior, debe ser respetado, no obstante el cambio introducido por las disposiciones de la ley nueva.

Supongamos, por ejemplo, que según la legislación anterior bajo cuyo imperio hubiese sido celebrado un matrimonio, correspondiera al marido el derecho de gozar los frutos de la dote de la mujer, salvo el caso de expresa convención en contrario, y que la ley nueva no concediese tal derecho. Es evidente que el marido continuaría disfrutando los bienes de dicha dote, conforme á la ley que regía cuando se celebró el matrimonio, á pesar de la modificación introducida por la ley nueva, porque tal derecho, aunque accesorio, quedó perfeccionado y fué enteramente adquirido en el mismo momento en que tuvo origen el estado conyugal, y ha de ser respetado porque debe considerarse como un verdadero derecho perfecto y adquirido desde que se celebró el matrimonio.

54. Todo lo cual confirma lo que ya tenemos dicho, á saber: que las leyes que conciernen al estado y á los derechos que nacen de las relaciones del estado personal, no son retroactivas, porque en definitiva no despojan á los ciudadanos de los derechos adquiridos. Si todos los escritores hubieran tenido en cuenta esta regla y hubiesen considerado para aplicarla rectamente que los derechos que se individualizan por el ejercicio no pueden ser considerados perfectos más que en los límites del ejercicio hecho ó que se tenga derecho á hacer, y que la ley nueva sujetando á su autoridad el ejercicio de los mismos derechos para en adelante no retrotrae sus efectos, no hubieran sentado indudablemente como máxima fundamental la regla contraria, ó sea la de la retroactividad, y no hubieran introducido la confusión que han tenido que introducir con las distinciones y exenciones á que ha habido que recurrir, por la dificultad de conciliar dicha máxima con la intención manifiesta del legislador de no querer disponer más que para lo venidero cuando no establece disposición expresa en contrario.

55. Merlín, en su notable trabajo sobre la retroactividad de las leyes, creyó encontrar una justa regla para decidir cuándo las disposiciones relativas al estado y á la condición jurídica de las personas debían ó no tener autoridad ó fuerza retroactiva, estableciendo como principio fundamental que las leyes que regulan ó modifican el estado de las personas, mejorando ó favoreciendo su condición, tienen, por la naturaleza de las cosas y en consideración al favor debido á dicho estado, que ser aplicadas desde el día que fueren promulgadas, y que aquellas que empeoran su condición no deben ser aplicadas más que á los que en el momento de su publicación se encontrasen en el estado determinado por la ley. Pero el mismo escritor reconoce la imposibilidad de aplicar con exactitud este principio, puesto que en muchos casos parece á primera vista que el estado de las personas se ha mejorado por la ley nueva, y sin embargo, considerando las cosas con alguna más reflexión, resulta que se ha empeorado, al menos, bajo cierto aspecto (1).

En la aplicación del principio sentado por el mismo, encuentra también dicho autor varias dificultades, por las cuales ha tenido que modificar el principio mismo. Así, por ejemplo, cuando examina si la disposición del Código Napoleón que sujetó al hijo á la potestad del padre debe ser aplicada á los hijos nacidos bajo las antiguas costumbres que proclamaban no haber lugar al derecho de la patria potestad, sostiene que está fuera de toda discusión, que debe ser inmediatamente aplicada dicha disposición, y para justificar tal opinión, dice: «¿Qué importa que por este cambio el estado del hijo se en»cuentre empeorado? Es empeorado, en verdad, pero no lo es »por la usurpación de un derecho adquirido: esta es la razón »decisiva» (2).

Fácil es comprender que si esta razón es el principio su-

---

(1) MERLÍN. *Repertoire effect retroactif*, sect. III, § 2.

(2) *Repert. additions*, art. VII. n. 11.—*Diritto civ. ital.*, vol. 1.

premo que todo lo justifica, valía más no complicar la materia con las distinciones entre disposiciones que perjudican y disposiciones que mejoran el estado personal y las relaciones nacidas del mismo, y establecer en su lugar como regla que dichas leyes tienen autoridad absoluta é inmediata desde el momento de su aplicación, salvo el respeto debido á los verdaderos y propios derechos adquiridos. Proclamando esta máxima, ninguna de tales disposiciones debe tener efecto retroactivo, porque todas ellas proveen para el porvenir, es decir, sobre los derechos que están por nacer, y sin cambiar el pasado, ó sea sin destruir los derechos individuales perfeccionados antes de comenzar á regir.

Esta parece la única teoría sencilla y que elimine todo motivo de confusión ó de equivocación.

La distinción hecha entre leyes que mejoran y que empeoran el estado personal, no quita, sino que, por el contrario, crea dificultades y equivocaciones, porque ninguna ley puede considerarse hecha para empeorar la condición de las personas, toda vez que el objeto de ella es mejorar la condición de los individuos, poniendo sus derechos en armonía con los intereses públicos y con las exigencias del orden moral y de la utilidad social. Por otra parte, se daría al magistrado, con tal principio, una latitud arbitraria para aplicar ó no las nuevas disposiciones, según su convencimiento sobre si eran beneficiosas ó perjudiciales.

56. Otros escritores, entre los cuales se halla Bianchi (1), han distinguido entre el estado personal adquirido mediante un hecho voluntario por parte de las personas objeto del mismo y el que depende de las disposiciones de la ley; y hecha esta distinción, han admitido el efecto retroactivo solamente para el estado adquirido en virtud de un hecho voluntario. Pero no es admisible tal supuesto, porque el estado como hecho jurídico, de cualquiera manera que se constituya, debe te-

---

(1) BIANCHI, *Codice civile*, v. I, § 76.

nerse como legalmente adquirido y no caben, por tanto, esas distinciones. El estado de padre, de hijo legítimo, de pariente, etc., se adquiere mediante disposición de la ley, y si mudase en cuanto á esto la ley, ¿se podría acaso sostener sin incurrir en el absurdo que el que tenía cualquiera de dichos estados con arreglo á la ley anterior, hubiera de perderlo cuando según la ley nueva fueran distintas las condiciones establecidas para atribuir dicho estado?

57. También Laurent incurre en el mismo defecto llevando la confusión á esta materia por no haber establecido un principio racional y aplicable á todos los casos y por haber admitido la máxima inexacta de que toda ley que regula el estado de las personas es retroactiva (1). Esta regla está inspirada en la doctrina sentada por el Tribunal de Casación francés, en sentencias de 6 de Junio de 1810 y 12 del mismo mes de 1815, en los siguientes términos: «Las leyes que regulan el estado de las personas, sujetan al individuo desde su publicación y le hacen desde dicho momento capaz ó incapaz según las determinaciones de las mismas. No por esto tienen efecto retroactivo alguno dichas leyes, porque estando subordinado el estado civil de las personas al interés público, se halla dentro de la potestad del legisladoı el cambiarlo ó modificarlo con arreglo á las necesidades de la sociedad.»

Examinando esta doctrina dicho escritor, dice, que la declaración hecha por el Tribunal de Casación es de una verdad absoluta en el sentido de que *jamás un derecho del estado personal puede ser invocado por el ciudadano como si estuviese en su dominio. Los derechos de esta naturaleza no son nunca derechos adquiridos* (2); y en seguida añade: «el juez debe aplicar

(1) LAURENT. *Principes de Droit civil*, t. I, § 169.

(2) Laurent, para demostrar que el derecho del estado personal no es un derecho adquirido, dice, que para tener este carácter sería necesario que el derecho hubiese entrado en la propiedad de aquel que lo ejercita; que el primer derecho del propietario es el de disponer de la cosa que le pertenece, de usar y abusar de ella y de transmitirla por acto entre vivo ó por última

las leyes del estado personal respecto del *pasado*, porque tales leyes regulan el pasado por su propia esencia» (1).

La cuestión, en fin, no está en si aquel que puede adquirir un estado personal determinado según las leyes anteriores, y que no le tiene aún adquirido, puede pretender obtenerlo con arreglo á dichas leyes, prescindiendo de la autoridad de la ley nueva; sino en si la norma jurídica establecida por la nueva disposición puede aplicarse para modificar ó cambiar el estado adquirido según la legislación anterior, y si el Juez para decidir sobre el estado adquirido ya antes de estar en vigor la ley nueva debe aplicar las disposiciones de ésta ó de la antigua.

Planteada en estos términos la cuestión, todos están de acuerdo en reconocer que el estado personal adquirido con arreglo á la norma prescrita por la ley antigua, debe ser respetado, á pesar de que la ley nueva haya modificado las reglas para la adquisición de dicho estado, y por lo tanto, es evidente que las leyes que le regulan no son retroactivas.

58. Además, siendo general la opinión de que dichas leyes tienen autoridad inmediata desde su publicación, por lo que no rigen el pasado sino el porvenir, resultaría un evidente contrasentido, si á pesar de ello se sostuviera que son retroactivas. No rigen, en efecto, el pasado, porque realmente regulan sólo el desenvolvimiento de la actividad individual en la esfera del Derecho privado, á partir unicamente del momento en que hubieren empezado á regir. Luego es indudable que cada uno debe ejercitar su actividad en dicha esfera con sujeción á la norma jurídica establecida por la ley que esté á la sazón vigente. En una palabra, el individuo debe tener capacidad para llevar á cabo el hecho jurídico de que se trate en el momento en que haya de ejercitar su actividad.

---

voluntad, y que no se puede imaginar siquiera que nadie pueda disponer del estado de cónyuge, por ejemplo, ni que lo venda ó lo transfiera á otro. Existe, pues, una incompatibilidad absoluta, dice, entre la noción del derecho adquirido y el estado de las personas.

(1) Loc. cit., § 170, p. 240.

Como tenemos ya dicho, es también evidente que por haber sido ejercitada la actividad en un modo determinado, no puede derivarse de ello derecho alguno para ejercitarla siempre de la misma manera y para impedir al legislador el sujetar á nuevas reglas el ejercicio de la misma actividad. Por lo tanto, si el individuo debe reconocer la autoridad de la ley vigente en el momento en que ejercita su actividad, es conforme á la naturaleza de las cosas, que se halle sujeto al imperio de la misma en cuanto á todos los actos apropiados ó idóneos para la adquisición de un derecho creado después de estar en vigor dicha ley. De donde resulta, que sujetando el legislador las personas á sus preceptos imperativos desde el momento en que está en vigor dicha ley, no cambia el pasado, sino que ordena y regula el porvenir.

Concluyamos, pues, estableciendo *que las leyes que regulan el estado de las personas y las relaciones que nacen de dicho estado no son jamás retroactivas*, salvo siempre el derecho del legislador para dar efecto retroactivo á dichas leyes, por razones de interés público, pero siempre mediante disposición expresa de la misma.

59. Ahora debemos examinar la aplicación de la regla establecida por nosotros, en la hipótesis de que la ley nueva aboliese definitivamente un estado personal.

Puede á veces suceder que la ley nueva venga á abolir una determinada institución de derecho, como sería, por ejemplo, el caso de la abolición de la esclavitud romana ó de la servidumbre de la gleba ó del estado de vasallaje, etc., etc. Tal ley tendría autoridad inmediata y absoluta y no podrían ampararse en derecho alguno para sustraerse del imperio de la misma los individuos que antes disfrutaban los derechos que nacen de tales instituciones. La razón de ello está, no en que tenga dicha ley fuerza retroactiva, sino en que dispone para el porvenir en el sentido de que ella hace imposible la existencia de todo derecho relativo á la institución abolida, á contar desde que comenzare á regir. En cuanto á los derechos precedente-

mente adquiridos es menester observar: 1°, que el reconocimiento jurídico de la institución es la condición *sine qua non* para admitir relaciones de derecho relativas á la institución misma; y 2°, que el legislador puede crear instituciones nuevas y abolir las preexistentes según las exigencias del orden social y de la utilidad general, sin que encuentre límite alguno su poder en los derechos individuales, los cuales deben siempre estar subordinados á los intereses generales.

Teniendo en cuenta los dos principios que quedan expuestos, se comprende fácilmente cómo no puede, después de abolida la institución, ejercitarse derecho alguno que implicara el reconocimiento de la institución abolida, á menos que el legislador no lo hubiese así expresamente autorizado. Por lo tanto, los derechos precedentemente adquiridos llegan á ser inmediatamente ineficaces, salvo el caso de expresa reserva en contrario.

Compréndese que en este caso los derechos adquiridos bajo el imperio de las leyes anteriores que reconocieran la institución abolida habrían de ser en verdad desconocidos; mas ¿cuál es la razón de esto? Por una parte, debe admitirse, como justificación de ello, el sumo poder perteneciente á la soberanía para expropiar á los particulares de sus derechos por razones de pública utilidad, y por otra, el que sería extraño atribuir al individuo el derecho de impedir los progresos legislativos, y que por esto pudiera exigir que las instituciones creadas por una ley no pudieran ser abolidas por otra ley posterior como instituciones del Estado.

60. Pero, repito, que en este caso tampoco tendría la ley autoridad retroactiva, porque sólo se extenderían sus preceptos sobre lo futuro, lo cual bastaría para suponer que ningún derecho referente á dicha institución puede ser reconocido si su ejercicio dependiese del reconocimiento de una institución abolida ya. Además, aun cuando tal derecho hubiera sido adquirido y estuviese perfeccionado ya en el pasado, podía el legislador declararlo ineficaz para el porvenir; tal es el alcance y la

extensión de la ley por la que es abolida una determinada institución.

Se puede, pues, en conclusión establecer como regla general que ningún derecho perteneciente á una institución abolida puede ser eficazmente ejercitado desde el momento de comenzar á regir la ley nueva que sin reserva de ningún género hubiese abolido dicha institución.

61. La diferencia entre una ley nueva que modifique las relaciones de derecho pertenecientes á una determinada institución del estado personal, y aquella por la que es abolida definitiva y absolutamente la misma institución, consiste en que la primera no hace ineficaz el estado personal adquirido antes de estar en vigor la misma, y sólo sujeta á su autoridad, como es lo razonable, el ejercicio de todos los derechos que nacen de las relaciones del estado personal que no hubieren sido ejercitados, sino que debieran ejercitarse desde el momento de su publicación; mientras que la segunda hace, por el contrario, ineficaz el ejercicio de cualquier derecho relativo á la institución abolida por las razones antes expuestas, aunque hubiere sido adquirido dicho derecho con anterioridad.

Esta, sin embargo, es la regla para el Juez que debe aplicar preceptos imperativos de la ley, pero no para el legislador, el cual puede, mediante expresa disposición en la misma, reservar en el primer caso la aplicación de la ley anterior, y en el segundo, el reconocimiento jurídico de los derechos anteriormente adquiridos.

62. Así lo hizo, por ejemplo, Justiniano con la disposición de la Nov. 54, por la que abolió el estado personal llamado *libertas latina*, pues reservó expresamente á los patronos el derecho que les era concedido en la legislación anterior, cual es el de suceder al liberto, cuyo derecho entiendo que debía tenerse por abolido con la abolición de la *libertas latina*, de no mediar esta reserva respecto de aquellos que vivían en la condición de *latinidad* cuando fué promulgada dicha ley.

También el legislador italiano al abolir las investigaciones

ó pesquisas sobre la paternidad, como institución de derecho, salvó, sin embargo, con expresa reserva el derecho de ejercitar la acción judicial, según las leyes anteriores, en la disposición del art. 7º de la ley transitoria.

Es para mí evidente que sin esa expresa reserva ninguna acción judicial relativa á las investigaciones de la paternidad podría ser ejercitada después de estar en vigor el Código civil, y no precisamente porque el Código tuviese fuerza retroactiva, sino por el justo principio de la autoridad absoluta de la ley y por el derecho incontestable que pertenece al legislador para no reconocer en el porvenir derecho alguno cuyo ejercicio implique el reconocimiento de una institución que hubiere sido definitiva y absolutamente abolida.

Habiendo esclarecido así los principios relativos á la autoridad de la ley nueva en materia del estado personal, examinemos la aplicación de estos principios á las principales relaciones que nacen de dicho estado.

CAPÍTULO III.

De la autoridad de la ley nueva bajo el punto de vista del estado de las personas y de su respectiva condición jurídica.

---

47. ¿Qué se entiende por estado personal?—48. Derechos y deberes que se derivan de las relaciones del estado personal.—49. Naturaleza de tales derechos.—50. Autoridad de la ley nueva sobre dichas relaciones.—51. La capacidad no es un derecho adquirido.—52. Aplicación de los principios generales.—53. No es exacta la teoría que establece que sean retroactivas las leyes concernientes al estado civil.—54. Se confirma el principio de la irretroactividad.—55. Observaciones sobre la teoría de Merlín.—56. Crítica de la opinión de Bianchi.—57. Laurent tampoco establece un principio racional.—58. Nuestra opinión.—59. Ley nueva por la que es abolido un estado personal.—60. Dicha ley no tendría en rigor fuerza retroactiva.—61. Fundamental deferencia entre la ley que modifica un estado personal y aquella por la que es éste abolido.—62. Aplicaciones en el Derecho romano y en el italiano.

47. El estado de las personas es el complemento de la calificación jurídica que la ley atribuye al individuo considerado en sus relaciones con el Estado y con la familia.

Las leyes determinan la condición jurídica de las personas y las circunstancias por las cuales puede llegar á constituirse lo que se llama el estado personal, cuyas circunstancias pueden consistir en hechos puros y simples ó en actos jurídicos acompañados de determinadas condiciones y calificados por la ley de idóneos para constituir dicho estado.

§ 1º

De la ciudadanía.

63. Qué se entiende por ciudadanía.—64. Cómo puede ser adquirido tal estado.—65. Aplicación de la ley nueva para la adquisición ó la pérdida de la ciudadanía.—66. Aplicación de los principios generales en el sistema del Código civil italiano.—67. No es razón para que deba aplicarse la ley nueva el que ésta sea más favorable.—68. Cuestiones de derecho transitorio en el sistema del Código civil italiano.—69. Las consecuencias de los hechos que subsisten después de la publicación de la ley nueva caen bajo el imperio de la misma.—70. Pérdida de la ciudadanía.—71. Derechos y deberes del ciudadano.

63. La ciudadanía es el estado público de la persona, ó sea la condición jurídica de la misma en relación con el Estado. Ella confiere al individuo el derecho de ser considerado como perteneciente al Estado y de gozar todas las ventajas que son concedidas por la ley á los ciudadanos, y le impone á la vez el deber de soportar al propio tiempo las cargas que nacen de la misma.

64. Tal estado puede ser constituído, ó mediante un hecho puro y simple que sea calificado por la ley suficiente para atribuir la cualidad de ciudadano, ó mediante un acto jurídico llevado á cabo bajo determinadas condiciones establecidas al efecto por la misma. Siempre que ese hecho ó ese acto con todas las condiciones exigidas sea cumplido con arreglo á la ley, deberá tenerse por adquirida la ciudadanía, y de tal manera, que el estado de ciudadano, como todo otro derecho perfecto, deberá considerarse como estado permanente en la persona y no sujeto á las disposiciones de la ley nueva que hubiere modifi-

cado las condiciones constitutivas de tal estado. Por el contrario, si no se hubiesen cumplido más que en parte las condiciones requeridas por la ley anterior, no podría ser adquirida la ciudadanía después de estar en vigor la ley nueva sino con arreglo á las disposiciones de ésta.

Los que quieren hallar siempre el elemento del hecho voluntario del hombre como fuente ú origen de los derechos adquiridos, opinan que debe estimarse como tal derecho la cualidad de ciudadano cuando hubiere sido adquirida mediante la naturalización y no cuando hubiese sido conferida por la ley. Así lo entendió Gabba (1).

Admiten, además, que la nueva ley no puede despojar al ciudadano de dicha cualidad, porque, dicen, no es posible suponer siquiera que la ley impida la transmisión de la ciudadanía del padre al hijo, pues con ello se destruiría el estado.

Entiendo que esta opinión no es exacta, porque ya sea constituída *ope legis*, ya sea adquirida por la naturalización, la ciudadanía es siempre un derecho adquirido por el individuo y como tal debe ser respetado. En efecto, cuantas veces se realicen las circunstancias establecidas por la ley para la adquisición de un derecho cualquiera por las personas, ese derecho concreto é individualizado nace y corresponde á la persona que lo adquiere por virtud de la ley, y no puede ser despojada por una ley nueva de tal derecho perfecto y adquirido, hallándose en el mismo caso que todos ellos el derecho de ciudadanía.

65. De estos principios, que lógicamente se derivan de la teoría general, se puede deducir que las disposiciones de una ley nueva sobre la adquisición de la ciudadanía pueden aplicarse á aquellos que quisieren obtenerla después de la publicación de la misma. Con arreglo á lo expuesto, cuando la ley nueva atribuyese la cualidad de la ciudadanía por consecuencia de un hecho expresamente apreciado por la misma, serían aplicables sus disposiciones, no sólo cuando ese hecho se hu-

---

(1) GABBA, *Teoria della retroattività*, vol. II, pág. 43, 2ª ed.

biere realizado después de su publicación, sino también en el caso de que se hubiere comenzado á llevar á efecto antes de dicha publicación, con tal que durase su ejecución después de estar en vigor la misma. Esto debería decirse, por ejemplo, en el supuesto de que la ley nueva confiriese la ciudadanía á la mujer extranjera casada con un ciudadano, pues sin duda de ningún género deberían aplicarse sus disposiciones en dicho caso y aun á aquellas que hubieren sido unidas en matrimonio con un ciudadano antes de la publicación de dicha ley.

Lo mismo debería decirse en cuanto á la pérdida de la ciudadanía dependiente de un hecho prevenido y estimado por la ley nueva, si dicho hecho subsistiese después de ser puesta en vigor dicha ley. Por eso, si el legislador dispusiera que la mujer ciudadana de un país que se casase con un extranjero pasara á ser extranjera, por adquirirse la ciudadanía del marido por el hecho del matrimonio, semejante disposición sería aplicable también á las ciudadanas casadas con extranjeros con anterioridad á su publicación, en cuya virtud serían reputadas como extranjeras desde el día de su promulgación, porque durando y subsistiendo el matrimonio, deben caer las consecuencias del mismo bajo el imperio de la ley nueva.

Ésta no podría aplicarse para cambiar el estado de ciudadanía adquirido ya, y de aquí que no se podría equiparar, en virtud de sus disposiciones, al extranjero con el ciudadano y viceversa, aunque haciendo tal aplicación no se obtuviese ventaja alguna por dicho individuo.

66. Para apreciar mejor la aplicación de estos principios, refirámonos en concreto á las disposiciones del Código civil italiano.

Dicho Código establece en su art. 8° que es reputado ciudadano el hijo nacido en el reino de padre extranjero que haya fijado su domicilio en él por espacio de diez años no interrumpidos. Sin embargo, puede éste todavía elegir la cualidad de extranjero haciendo, ante el oficial del estado civil, la declaración de su residencia, ó en su caso ante los agentes diplomá-

ticos ó consulares, y el hijo entonces seguiría la condición del padre.

Cuando el padre extranjero no hubiere fijado por diez años su domicilio en el reino, será reputado extranjero el hijo, pero puede elegir la cualidad de ciudadano haciendo la declaración oportuna en la forma antes indicada.

Se ha dudado con razón si podría aprovechar esta disposicion del Código civil italiano á los que hubieren nacido bajo el imperio de la legislación romana, anterior á la publicación de dicho Código. Mas, aplicando los principios expuestos ya por nosotros, debe resolverse dicha duda en el sentido de que el hijo nacido en la provincia romana antes de que se publicara en ella el Código civil italiano, no puede gozar de la disposición del art. 8°, ni por lo tanto adquirir la ciudadanía por la simple declaración hecha ante el funcionario público correspondiente.

En efecto, es indudable que para decidir acerca del estado de ciudadanía debe hacerse aplicación de la ley vigente en el momento del nacimiento. Ahora bien; según la ley vigente en Roma, antes de la promulgación del Código civil, que sería la aplicable en el caso propuesto, todo el nacido de padre extranjero era reputado extranjero sin reserva de derecho alguno (1), y el domicilio por cualquier tiempo prolongado no confería la ciudadanía sino sólo la vecindad (2). Siendo, pues, extranjero, en rigor de derecho, el hijo nacido en tales condiciones no podía llegar á ser ciudadano más que observando las disposiciones del Código civil relativas á la adquisición de la ciudadanía por parte de aquellos que son reputados extranjeros, y por lo tanto no tienen éstos otro medio de adquirir dicha cualidad más que la naturalización por la ley ó por decreto real. En su virtud, debe deducirse de lo dicho como conclusión, que la sim-

---

(1) L. 7, Cód. de *incolis*.; L. 19, Dig. de *statutiom*.; L. 1, § 2, Dig. *ad municipalem*.

(2) *Incolas domicilum facit*. L. 7, Cód. cit.

ple declaración indicada no puede ser considerada eficaz al objeto de conferir la ciudadanía en el caso propuesto.

67. No valdría aducir en contrario que cuando una ley relacionada con el estado personal crea un derecho favorable para los individuos, deben gozar de tal ley aun hasta los que hubiesen obtenido su estado personal en tiempo anterior. Algunos, queriendo introducir esta regla, como ya tenemos dicho, para distinguir las leyes que tienen ó no fuerza retroactiva, hacen depender todo de ser más favorables ó perjudiciales sus preceptos á los individuos á quienes comprenden, reconociéndoles en el primer caso autoridad retroactiva y en el segundo no. Pero también tenemos manifestado anteriormente cuán peligrosa y expuesta á equivocaciones es tal distinción, pues lo mismo confiere derechos, que impone cargas y obligaciones el estado de ciudadanía, y el facilitar su adquisición puede ser en ciertos casos ventajoso y perjudicial en otros, por lo que no puede considerarse como un principio fijo y de general aplicación la regla indicada.

Por otra parte; admitiendo, como no puede menos de admitirse, que la nueva legislación constituída por el referido Código se halla inspirada, en cuanto á su sistema general, en los principios más liberales en la materia, no pueden sin embargo aplicarse sus disposiciones por ello para cambiar el pasado contra la expresa prohibición establecida en el art. 2º del mismo.

68. Las facilidades concedidas por el art. 8º para la adquisición de la ciudadanía, valen y deben valer solamente para aquellos que hayan nacido después de la publicación del Código civil; para los que hubieren nacido antes de dicha fecha regirán las disposiciones del derecho común, vigente á la sazón. Por lo tanto, no puede establecerse una excepción á su favor, eximiendo de cumplir las condiciones impuestas por la ley en vigor á aquellos que, siendo de derecho extranjeros, quieran adquirir la ciudadanía italiana.

Por la misma razón, los nacidos bajo el imperio del Código

Albertino en la condición de extranjeros domiciliados, y que en virtud de dicha ley son reputados italianos sin reserva alguna, no pueden gozar las disposiciones de la misma ni elegir la cualidad de extranjero haciendo la declaración antes indicada.

Según el art. 24 del Código Albertino, «el hijo nacido en »los estados reales de un extranjero que hubiere establecido »en ellos su domicilio con ánimo de habitar perpetuamente en »los mismos, es considerado como súbdito.» Dicho Código no hacía ninguna reserva ni concedía la facultad de elegir la cualidad de extranjero mediante la declaración oportuna, y por lo tanto, haciendo aplicación en su vista de los principios por nosotros expuestos, ya debemos sentar como conclusión que todos aquellos que hubieren nacido bajo las condiciones estimadas por el citado art. 24, mientras estuvo en vigor, siendo de derecho y sin reserva alguna ciudadanos, no pueden utilizar la disposición del art. 8° del nuevo Código civil ni pretender hallarse en aptitud para optar por la cualidad de extranjero, puesto que dicha disposición presupone que el nacimiento del hijo tenga lugar en el reino después de la publicación del nuevo Código, y no puede extenderse su imperio sobre hechos consumados completamente con anterioridad, cuando el mismo legislador ha declarado, por el contrario, en el art. 2° del mismo, que dicho Código no legisla más que para el porvenir (1).

69. Para examinar otra especial aplicación de los principios expuestos, establezcamos la hipótesis de que un extranjero domiciliado en la provincia romana antes de haberse promulgado en ella el Código civil italiano, tuviese un hijo después de la publicación de dicho Código en la citada provincia. Esto supuesto, si hubiesen transcurrido más de diez años desde la fijación del domicilio del padre en el momento del

---

(1) Confr. Cassazione di Torino, 20 Marzo 1882.—Ministerio de la Guerra. C. Mombelli, *Monit. dei Trib.*, 1882, 539.

nacimiento, y no hubiese hecho en todo ese tiempo la declaración oportuna para elegir la cualidad de extranjero en la forma y modo establecido por la ley nueva, vigente la cual tuvo lugar dicho nacimiento, ¿debe por esto, y sin más, reputarse ciudadano italiano el hijo nacido en tales condiciones?

A primera vista podría decirse que habiendo sido fijado el domicilio mientras estaba en vigor la ley anterior, debía juzgarse y resolverse por la misma acerca de los efectos del domicilio, aun en lo relativo al especial de atribuir al hijo la ciudadanía: que la adquisición de la ciudadanía por parte de los extranjeros depende siempre de un hecho voluntario: que cuando es atribuída la ciudadanía á quien ejecuta un hecho determinado previamente por la ley, como, por ejemplo, la morada prolongada por tantos años ó el domicilio, no puede menos de considerarse limitada dicha concesión á los que hubiesen puesto en ejecución ese hecho ó comenzado á cumplir dicha condición después de la promulgación de la ley que estableciera tal precepto, porque entonces es de presumir que lo hacían con el propósito de adquirir la ciudadanía para sí ó para sus hijos: que ese propósito no se puede presumir en quien hubiere fijado su domicilio antes de estar en vigor el Código civil; y por último, que sería contrario al sistema liberal aceptado por dicho Código, que deja la más amplia libertad para la adquisición de la ciudadanía, el conferir dicha cualidad á quien no puede presumirse que había obrado con el propósito de adquirirla para sí ó para sus hijos.

Por estas y otras razones podría desde luego deducirse que la disposición del art. 8°, tantas veces citado, no es aplicable á los hijos de aquellos que hubiesen fijado su domicilio en la provincia de Roma antes de publicarse en ella el Código civil italiano; pero examinando bien la cuestión, no podemos menos de sostener la opinión contraria.

En efecto, cuando la ley nueva reconoce ciertas consecuencias jurídicas en los hechos por ella estimados, si habiendo comenzado á tener efecto éstos bajo el imperio de la ley ante-

rior, durasen después de estar en vigor la ley nueva, no puede ser desconocida la autoridad de dicha ley en cuanto á determinar las consecuencias jurídicas del hecho en cuestión, el cual, subsistiendo, como queda dicho, después de comenzar á regir la misma, tiene que caer bajo los preceptos imperativos sancionados por dicha ley.

En su virtud, aquel que hubiere fijado su domicilio antes de la publicación de la ley nueva, tenía ciertamente adquirido el derecho de ser considerado como domiciliado, siempre que fuesen cumplidas todas las condiciones exigidas por la legislación anterior, á la sazón vigente, para la adquisición del domicilio; pero de ningún modo podía adquirir ni haber adquirido derecho alguno que impidiese al legislador sujetar á nuevas reglas la consecuencia jurídica del domicilio fijado legalmente.

Si, pues, la ley nueva ha atribuído la ciudadanía italiana á los hijos de extranjeros domiciliados por diez años no interrumpidos que no hubieren hecho declaración alguna optando por la extranjera, siempre que subsistiese el domicilio citado después de la promulgación del indicado Código, y tuviera lugar el nacimiento y la falta de opción por la ciudadanía extranjera estando éste en vigor, es de todo punto indudable que el hijo nacido en tales condiciones tiene que ser reputado ciudadano italiano.

70. El mismo principio debe aplicarse para resolver las cuestiones relacionadas con la pérdida de la ciudadanía por parte de aquel que, sin permiso de su Gobierno, hubiese aceptado un cargo de un Gobierno extraño, si el referido cargo hubiere sido aceptado estando vigente la ley anterior, que no admitía por tal hecho la pérdida de la ciudadanía, y hubiese sido ejercitado el acto de la aceptación después de la promulgación del Código civil.

71. Para todo lo que se refiere á los derechos y deberes que nacen del estado de ciudadanía, la regla general, justa consecuencia de los principios expuestos antes, es que, por lo mismo que los derechos y obligaciones de los ciudadanos están esta-

blecidos por la ley, no puede sustraerse ninguno de ellos á la autoridad de la ley nueva que hubiere sujetado á nuevas reglas los derechos y las obligaciones de los ciudadanos.

El derecho adquirido es una relación puramente personal é individualizada, y no pueden merecer este concepto los derechos públicos, ó sean aquellos que afectan á la generalidad, tales como son atribuídos por la ley vigente. Tales son, por ejemplo, el derecho de concurrir á las elecciones según la ley electoral, el de gozar de la libertad de la imprenta con arreglo á la norma establecida por la ley especial sobre la misma, el de no pagar más que los impuestos establecidos por la ley, etc.

Aquel que hubiere adquirido el estado de ciudadanía mientras estaban en vigor las leyes anteriores, adquiriría el derecho de gozar todos los derechos que atribuía á todos los ciudadanos la ley entonces vigente, pero de ningún modo podría impedir el legislador sujetar á nuevas reglas el ejercicio y la adquisición de los derechos anejos al estado de ciudadanía. Es, pues, evidente que, cambiadas estas leyes, no pueden sustraerse al imperio de las mismas.

Esto mismo debe decirse también, por ejemplo, del pago de los impuestos, de la prelación del servicio militar, etc., etc. Aquel que fuere obligado al pago de los impuestos según las leyes anteriores, puede pretender solamente pagar, según dicha ley, los impuestos vencidos y no pagados hasta empezar á estar en vigor la ley nueva.

Resulta también evidente, por las mismas consideraciones aducidas, que la ley sobre el servicio militar debe sujetar á sus preceptos aun á aquellos que estuvieren exentos según las leyes anteriores.

§ 2º

De la ausencia.

72. Ley que regula la ausencia.—73. Las consecuencias jurídicas de la ausencia caen bajo el imperio de la ley nueva.—74. Regla general para la aplicación de la ley antigua ó de la nueva.

72. La ausencia es una calificación personal que, como estado de hecho, es regido por la ley bajo cuyo imperio se cumpliesen las condiciones establecidas para la declaración de la misma. Por lo tanto, si ella hubiese sido declarada con arreglo á lo dispuesto por la ley anterior, debe ser mantenida como tal, aunque la ley nueva hubiese modificado la regla jurídica para la declaración de dicho estado.

73. En cuanto á las consecuencias jurídicas de la misma, deben ser regidas por la ley nueva. De aquí que los efectos de la ausencia estén sujetos á las nuevas reglas sancionadas para velar mejor por los derechos personales y patrimoniales del ausente y de los causahabientes del mismo.

La razón de esto consiste en que la ausencia que no hubiere obtenido su resultado definitivo antes de comenzar á regir la ley nueva, no se puede considerar de otra manera respecto á ésta más que como un estado de hecho, y como continúa éste después de la promulgación de la ley nueva, debe quedar sujeto á los preceptos de la misma en cuanto á todas las consecuencias que empezaren á tener efecto desde el momento en que comenzó á estar en vigor la nueva ley.

Haciendo aplicación de estos principios, se puede deducir,

que si la ley antigua permitiese á los ausentes conservar todos sus derechos mientras fuera declarada la muerte, y la nueva introdujera el sistema sancionado por el Código francés, ó sea el de la posesión provisional primero, y definitiva después, de los bienes del ausente á los herederos presuntos del mismo, deberían ser aplicadas las disposiciones de esta última ley para conferir los bienes indicados.

Por otra parte, si antes de la publicación de la nueva ley hubiese sido declarada la ausencia ó la muerte y hubiesen sido distribuídos ya definitivamente los bienes del difunto, declarado muerto, entre los herederos presuntos, no produciría aquélla efecto alguno y los bienes quedarían en poder de aquellos á quienes hubiesen sido adjudicados (1).

Lo mismo sucedería en el caso de que, con arreglo á la ley anterior, hubiese sido acordada ya la posesión definitiva á favor de los herederos presuntos del ausente. Estando en este supuesto definitivamente adquirido el derecho sobre el patrimonio del ausente y siendo perfecto tal derecho antes que la ley nueva hubiese modificado las condiciones para adquirirlo, no podría ser destruído más que por una ley posterior.

Si, por el contrario, hubiese sido solamente declarada la ausencia con arreglo á la ley anterior, no podrían hacerse valer después de la publicación de la nueva más que, en conformidad á las disposiciones de la misma, los derechos no ejercitados aún.

Los derechos, pues, no consumados definitivamente estarán sujetos también á las nuevas disposiciones, á contar desde el día de la publicación de la ley nueva, y el ejercicio de los mismos derechos deberá ser modificado también en armonía con el nuevo régimen de la ausencia.

---

(1) La ley transitoria, publicada por decreto de 26 de Noviembre de 1860, dispone en su art. 2°, que en el caso en que la muerte fuese ya declarada en conformidad al § 1647 del Reglamento judicial pontificio, fecha 10 de Diciembre de 1834, nada sería innovado.

Supongamos que la ley nueva sujetase al heredero presunto de un ausente á prestar caución para obtener la posesión temporal de los bienes del mismo; tal disposición sería aplicable á aquellos que hubiesen obtenido la posesión temporal, aun en el caso de que dicha posesión hubiese sido obtenida bajo el imperio de la ley anterior que no le sujetaba á prestar caución; así como, por el contrario, aquellos que hubiesen obtenido la posesión temporal, podrían sacar provecho de las disposiciones del Código nuevo para gozar los derechos eventuales que por dicho Código son atribuídos á los que fueren puestos en la posesión temporal.

74. Toda la teoría expuesta se resume en la siguiente regla: la ausencia, como estado de hecho, declarada antes de la promulgación de la nueva ley, debe ser reconocida después de ella como subsistente: los derechos perfectos definitivamente adquiridos por los herederos y por los causahabientes sobre el patrimonio del ausente antes de la publicación de la nueva ley, deben ser respetados: los efectos de la ausencia y los derechos eventuales de la misma, aunque hubieren empezado á tener efecto bajo el imperio de la ley antigua, deben ser modificados, en conformidad á la ley nueva, después de su publicación; y según la misma ley, deben ser determinadas las prevenciones parciales relativas al régimen de la ausencia, salvo el caso de que se hubiese expresamente dispuesto lo contrario.

Encontramos perfectamente conforme con los principios de la ciencia la regla sancionada por el legislador italiano respecto de la ausencia en la ley transitoria, cuyo art. 5° dice así:

«Los herederos presuntos que hubiesen obtenido la posesión »temporal de los bienes del ausente ó aquellos que tuviesen »derecho á ser asociados ó preferidos según las leyes anterio»res, tienen los mismos derechos que les pertenecería si la au»sencia hubiese estado declarada después de la publicación del »nuevo Código. No tienen, sin embargo, los derechos atribuí»dos por el mismo Código sobre los frutos de los bienes del au»sente sino desde el día de la publicación del mismo.

»El curador ó administrador nombrado según las leyes an»teriores para los bienes de un ausente, continuará en el des»empeño del cargo, sin perjuicio por esto de los derechos con»cedidos en el nuevo Código á los herederos presuntos que »puedan ser ejercidos siempre que hubieren transcurrido los »términos á su favor establecidos por el Código mismo.

»Los legatarios, los donatarios y todos aquellos que tienen »sobre bienes del ausente derechos dependientes de la muerte »del mismo, pueden igualmente, dentro de las reglas de dicho »Código, ser admitidos al ejercicio temporal de tales derechos.»

§ 3º

Persona «sui vel alienis juris.»

75. Distinción entre las personas *sui vel alieni juris*.—76. La ley nueva no puede mudar el estado *sui juris* adquirido ya.—77. Tal estado puede adquirirse inmediatamente en virtud de la ley nueva.—78. Regla general en cuanto á las limitaciones de la capacidad.—79. Ley nueva que modifique la época de la mayor edad.—80. De la emancipación.—81. Se concilia la regla indicada con la teoría general.—82. Derechos y deberes del tutor.—83. Principios relativos á la curatela.—84. Cuestiones relativas á la interdicción y á la inhabilitación; cómo debe aplicarse en ellas la ley nueva.—85. Disposiciones de la ley italiana.

75. Todas las legislaciones distinguen el estado de las personas que tienen plena facultad y libertad para disponer y obligarse, que se podría llamar *suidad* ó personalidad jurídica completa, del estado de las personas que no tienen esa plena facultad y libertad, y que están, por el contrario, sujetas al poder y á la autoridad de otras personas con mayores ó menores limitaciones.

La misma ley determina las condiciones constitutivas de la plena personalidad jurídica, la cual en unos casos consiste en la realización de un hecho puro y simple, como es, por

ejemplo, el cumplimiento del término fijado para la mayor edad, y en otros, en un acto positivo estimado previamente por la ley y cumplido en la forma exigida por la misma, como lo sería la emancipación, la concesión soberana, la celebración del matrimonio, etc., etc.

76. El estado *sui juris* adquirido según la ley vigente, sea en una ó en otra manera, se debe considerar, lo mismo que cualquier otro derecho personal, como permanente, y por lo tanto, no sujeto á las disposiciones de la ley nueva, relativas á las condiciones constitutivas del mismo estado.

La razón de esta regla se encuentra en los principios generales expuestos antes. Se debe considerar como derecho adquirido todo derecho perfecto é individualizado, y como tal debe estimarse todo derecho perteneciente al individuo, con arreglo á la ley vigente, siempre que antes de dejar de regir la misma se hubieren llevado á efecto los actos ó las circunstancias idóneas según ella para atribuir ese dicho derecho á las personas. No se puede, pues, dudar que la plena facultad de disponer y de obligarse, y la independencia jurídica que le es propia, constituyen un derecho personal que debe ser considerado perfecto y adquirido, toda vez que hayan tenido efecto los actos y las circunstancias exigidas para tal efecto por la ley vigente. Por lo tanto, es natural que si la ley nueva mudase las condiciones para declarar las personas *sui juris*, sus disposiciones no llegarían á cambiar el estado de aquel que hubiere sido ya declarado *sui juris* antes de empezar á regir dicha ley.

77. Se comprende que el estado de plena personalidad é independencia jurídica puede adquirirse en el momento mismo en que se publica la ley nueva, si la persona se encontrase entonces en las condiciones prevenidas por la ley para ser declarada *sui juris*. No sería obstáculo para ello que la ley anterior confiriese á cualquier persona poder y autoridad sobre el mismo, y que con arreglo á ella no pudiera libertársele de tal sumisión.

Tenemos ya dicho que la ley establece las condiciones

constitutivas del estado de las personas y determina quién es *sui juris* y quién *alienis juris*. Cuando el individuo haya adquirido la personalidad jurídica completa y sea declarado *sui juris*, no puede, sin expresa disposición, perder el estado adquirido ya; pero cuando la ley atribuye á cierta persona poder y autoridad sobre algún otro, el primero no adquiere derecho perfecto alguno que le autorice para ejercitar siempre su poder y su autoridad en la misma manera, sino que debe ejercitarla con arreglo á la norma establecida por la ley vigente, aunque el estado de sumisión sea permanente conforme á la misma ley.

Por lo tanto, si la ley nueva modificase las condiciones constitutivas del estado de plena personalidad, ó disminuyese ó modificase las limitaciones de la independencia jurídica de las personas, ejercitaría su autoridad dicha ley desde el momento de su publicación: de aquí que, tan pronto como llegaran á realizarse ó cumplirse las condiciones por ella exigidas, sería adquirida la personalidad completa por el individuo y la mayoría de las limitaciones antes establecidas deberían tenerse por modificadas, y el estado así constituído formaría un derecho adquirido por el mismo individuo.

78. De los principios que quedan expuestos se deduce la siguiente regla:

Las leyes que en consideración á la sumisión ó razón de dependencia de ciertas personas respecto de otras, conceden á éstas poder y autoridad sobre los primeros, ó derechos sobre los bienes de los mismos, y aquellas que disminuyen, modifican ó extinguen los derechos y la potestad citados, reciben inmediatamente la aplicación desde el momento de su publicación, y se aplican aun á aquellas personas cuyas relaciones, bajo el punto de vista que forma el objeto de la disposición de la ley, fueran reguladas diversamente por la ley anterior.

78. Haciendo aplicación de esta regla se puede deducir que, según los principios por nosotros aceptados, el estado de la mayoría de edad, adquirido según la ley en vigor, no podría perderse si en adelante se prorrogasen por una nueva ley los

términos de la mayor edad (1). Mientras que aquel que en el momento de la publicación de la ley nueva no hubiese alcanzado la edad establecida por la anterior para ser reputado mayor, no podría ser calificado como tal, más que cuando hubiere llegado á la edad establecida por la ley nueva.

Si, por el contrario, anticipase la ley nueva la época de la mayor edad, todos aquellos que hubiesen llegado ya á la edad fijada por dicha ley en el momento en que fuere publicada serían considerados sin más requisitos mayores, y los que aun no tuviesen esa edad serían reputados tales tan pronto como llegasen á ella, sin que en uno ú otro caso pudiese ser obstáculo la disposición distinta de la legislación anterior.

---

(1) Esta es una de las cuestiones más debatidas, y respetables escritores han sostenido una opinión completamente contraria á la nuestra, admitiendo que aquel que hubiese llegado ya á la mayor edad, según la ley anterior, podía llegar á ser menor si una nueva ley prorrogaba la época de la mayor edad. Esta opinión fué sostenida, entre los primeros, por MEYER, el cual, considerando que la tutela está introducida en interés de los menores, y que por esto debe considerarse como favorable á los mismos, concluye que la ley que prorroga la mayor edad debe aplicarse aun á aquellos que hubiesen sido ya mayores y que debía producir el efecto de hacerles retornar á la minoridad. Los jurisconsultos franceses siguen generalmente tal opinión, entre otros, BLONDEAU, MERLÍN, MAILHER DE CHASSAT y DEMOLOMBE. Blondeau aduce, para sostener su teoría, que las leyes que determinan en qué circunstancias es incapaz un individuo de administrar los propios derechos ó de cumplir las propias obligaciones, y aquellas que en interés de las personas incapaces establecen medidas conservadoras, deben recibir una aplicación inmediata *(Dissertation sur l'effet retroactif des lois)*. Merlin observa que las leyes anteriores no podían fijar el estado de las personas más que mientras están en vigor, y que el estado actual de cada uno debe ser regulado según los preceptos del Código civil, en consecuencia de lo que establece que el individuo que no hubiese alcanzado la edad para ser reputado mayor, debe ser considerado menor, no obstante que, según las leyes anteriores, hubiese sido mayor. En apoyo de esta opinión invoca dos sentencias, una de la Corte de Apelación de Nimes, del 24 brumario, año 13°, y otra de la Corte de Turin, del 17 de Mayo de 1806 *(Effet retroactiff*, sect. III, § 11, art. IX).

Se ha dicho también que no es nuevo en derecho que el mayor descienda

80. De los mismos principios se desprende también que aquel que hubiere adquirido el estado de emancipación legal según la ley antigua, debe ser considerado tal, aunque una ley posterior exigiese condiciones diversas para constituir dicho estado. Por lo tanto, el que no pudiese ser reputado de derecho emancipado según la legislación anterior, pero que, no obstante esto, se encontrase en condiciones para ser considerado como tal con arreglo á una ley nueva, adquiriría el estado de emancipación legal desde el momento mismo en que la nueva ley hubiere sido promulgada (1).

á menor. Tal hecho podría, en efecto, verificarse como consecuencia del cambio de domicilio, si la ley del punto en que se fijase el nuevo domicilio estableciera la mayor edad en época más remota.

Hay también quien ha pensado resolver toda controversia con una distinción, sosteniendo que la mayor edad adquirida no puede perderse con el advenimiento de la ley nueva si hubiese sido adquirida mediante un hecho positivo, como, por ejemplo, la concesión del Príncipe ó el matrimonio celebrado; pero que puede, por el contrario, perderse cuando fuese obtenida por ministerio de la ley y por consecuencia del solo cumplimiento de la edad por ella determinada. Se ha dicho, finalmente, que así como pertenece allegislador determinar cuándo los ciudadanos están en disposición de ejercitar libremente sus derechos, habida consideración al desarrollo de su facultad intelectual, del mismo modo debe aplicarse á todos indistintamente la ley que esto determina.

La opinión por nosotros aceptada cuenta con otros muchos autores, entre ellos SAVIGNY, PINTO, VANGEROW, SCHMID y GABBA (Op. cit., vol. 11, pág. 77).

(1) Las disposiciones contenidas en el Código italiano son perfectamente conformes á los principios del Derecho.

El art. 9º de dicha ley dispone que «los hijos de familia que el día de la promulgación del nuevo Código hubiesen cumplido 21 años ó hubieren contraído matrimonio, quedarán fuera de la patria potestad.»

La razón de tal disposición se encuentra en el art. 240, el cual fija la mayor edad á los 21 años, y en el art. 310, que dispone que el menor es de derecho emancipado por el matrimonio.

En cuanto á la emancipación obtenida según las leyes anteriores, en el mismo artículo se dispone lo siguiente: «Aquellos que en dicho día no hubieren cumplido 21 años y no se hallasen en estado de legal ó voluntaria eman-

Con mucha más razón, pues, debe aplicarse nuestra regla en el caso de que la emancipación de dicho individuo hubiere sido hecha por virtud de un acto expreso conforme á la ley vigente, la cual deberá ser respetada aun en la hipótesis de que la ley nueva modificase las condiciones requeridas por dicha emancipación.

81. Todas las reglas consignadas por nosotros hasta aquí, son la consecuencia lógica de los principios fundamentales ya expuestos, á saber: que la ley no dispone más que para el porvenir, por lo que no tiene efecto retroactivo, y que el estado civil es un derecho personal que forma parte del patrimonio moral del individuo, y que no es el menos preciado y ménos importante de los derechos patrimoniales. Dicho estado constituye su personalidad y su dignidad civil, por lo que no puede ser reducido á la nada por el legislador, á menos que no quiera destruir el pasado.

Dentro de nuestro orden de ideas no es posible establecer diferencia alguna entre el estado *sui juris* adquirido mediante un hecho positivo y voluntario y el que depende de una disposición legal (1). Para nosotros es indiferente que el estado haya sido adquirido de un modo ó de otro, porque de cualquiera manera que sea adquirido es un derecho personal, y como tal debe ser respetado, si el legislador quiere, como debe, disponer sólo para el porvenir.

---

cipación, están sujetos á la patria potestad ó á la tutela hasta las disposiciones del mismo Código.»

Con tal disposición, el legislador ha rendido homenaje al principio de que el estado de personalidad jurídica completa, adquirido según la ley anterior, no puede quedar sujeto á las modificaciones introducidas por la nueva ley.

(1) Esta es la distinción hecha por aquellos que admiten que el estado personal puede considerarse como un derecho adquirido cuando este depende de un hecho voluntario del hombre, distinción que no es del todo fundada (Confr. MEYER, *Principes sur les questions transitoires*, p. 47, y las anotaciones y el suplemento de Pinto, p. 138, y Gabba, op cit, vol. II, cap. V, § 9).

82. De la misma regla resulta que, dado el estado de personalidad incompleta y la sumisión de la persona que se encuentra en tal estado respecto de los llamados por la ley á protegerlas, asistirlas ó reintegrar su personalidad, las disposiciones de la ley nueva son aplicables inmediatamente á tales personas desde el momento de su promulgación.

Cuando el estado de limitada capacidad jurídica ó de incompleta personalidad sea atribuído por la ley anterior, y sea reconocida como hecho jurídico por la ley nueva, todas las consecuencias jurídicas de tal hecho y las relaciones que pueden derivarse del mismo están sujetas á los preceptos imperativos de la ley nueva.

Esto no es más que el corolario de la regla general, de que todo acto jurídico puesto en ejecución antes de la publicación de la ley nueva, cuando subsiste aun en tal momento, es sujeto para todos los efectos, y las relaciones que no pueden relegarse para el porvenir á los preceptos imperativos de la nueva disposición legal.

El derecho de proteger y velar por las personas que no son, según la ley, *sui juris*, es un derecho verdadero y propio del Estado, y cuando el legislador, para proveer según estima mejor, modifica la ley anterior, ninguno puede sustraerse á sus preceptos imperativos á pretexto de que la continuación del estado anterior sea para él un derecho adquirido.

Esto mismo puede decirse respecto de las disposiciones relativas á la constitución y al ordenamiento de la tutela, las cuales tienen que ser aplicadas inmediatamente que se promulgan á todas las personas *alieni juris* que se encuentren en las condiciones ó circunstancias establecidas por la ley.

Así, pues, si la nueva ley, para mejor proteger las personas y los bienes é intereses de aquellos que no tienen completa su capacidad jurídica, instituyese la tutela en vez de la curatela ó viceversa, ó modificase las disposiciones relativas al ordenamiento de cualquiera de dichas instituciones, deberán ser inmediatamente aplicadas las prescripciones de dicha ley

para todos los efectos que tengan su origen desde que comenzó á regir la misma (1).

Se entiende bien que, según los principios expuestos antes, los nuevos casos de tutela no podrían aplicarse á aquel que fuese ya *sui juris* con arreglo á la ley anterior, pero sí á los que continuasen en incapacidad, según la ley nueva, al tiempo de publicarse ésta, por no haber llegado á la edad establecida por la misma para adquirir la completa personalidad, y habrán de regirse también por ella las disposiciones concernientes á la cesión de la tutela constituída ya anteriormente, lo mismo que en el caso de que la potestad del tutor fuese sustituída por la patria potestad concedida por la ley nueva á las madres viudas sobre sus hijos menores de edad (2).

Lo mismo debe decirse de todas las disposiciones relativas al ordenamiento de la tutela. Si la ley nueva admitiese nuevas causas de incapacidad, de dispensa ó de exclusión, ó aboliese alguna de las que admite la legislación anterior, ó si llamase al oficio del tutor ciertas personas en vez de las llamadas por la ley anterior, etc., etc., serían inmediatamente aplicables

---

(1) El legislador dispone expresamente en el art. 14 *Leg. trans.*, que aun para la tutela ya instituída anteriormente se debe constituir el consejo de familia, permanente hasta las disposiciones del Código nuevo, y provee acerca de la determinación de las personas á quienes incumbe la obligación de provocar la convocación del consejo de familia; pero si así no lo hubiese expresamente dispuesto, no se podría dudar por eso que después de la promulgación del nuevo Código deben ser inmediatamente aplicadas las disposiciones del mismo relativas á la constitución del consejo de familia.

Lo mismo debe decirse de las disposiciones que se contraen al protutorado y á los oficios del mismo y á la necesidad de nombrar tutor, si tal oficio no estuviese instituído ya según las leyes anteriores. Esto fué expresamente regulado por el art. 13 de la *Leg. trans.*

(2) Cuando fué publicado el Código civil italiano, concediéndose en él la patria potestad á la madre, adquirió ésta inmediatamente todos los derechos conexos á dicha potestad y cesaron *ipso jure* todas las tutelas establecidas según la ley anterior respecto de los hijos huérfanos sólo de padre, aun la dativa instituída por éste á favor de persona distinta de la madre.

sus disposiciones á la tutela que hubiese sido constituída con arreglo á las leyes anteriores.

83. El legislador ha procurado eliminar toda controversia sobre el particular con la disposición del art. 12 de la ley transitoria, que dice así: «Aquel que conforme á las reglas de las leyes anteriores hubiese tomado á su cargo una tutela, continuará ejercitándola.»

«En los casos en que el nuevo Código otorgase á un ascendiente ó al cónyuge la tutela, si ésta la estuviera desempeñando otra persona, ó cuando sean más los tutores según dicha ley, debe reunirse el consejo de familia con arreglo al art. 14 del presente decreto, y deliberará quién debe ser preferido en la tutela, salvo reclamación al tribunal civil.»

84. Por lo que se refiere á las obligaciones del tutor y al modo de ejercitar las funciones confiadas al mismo, no se puede dudar que, después de la publicación de la ley nueva, ésta solamente debe ser aplicada. Por lo tanto, si la nueva ley obligase al tutor á prestar caución, vendría obligado á hacerlo, á pesar de que no lo hubiera estado según la ley anterior (1).

Se comprende también sin dificultad, que para cuanto concierne á las obligaciones del tutor cerca del pupilo, por consecuencia de los actos por él ejecutados en interés de su pupilo, deberá aplicarse la ley antigua ó la ley nueva, según que el hecho de que nace la responsabilidad y la relativa obligación hubiera tenido principio antes ó después de haber empezado á regir dicha ley.

Lo mismo debe decirse del derecho perteneciente al pupilo para obtener ó no la *restitutio in integrum* y de las causas por las que podría fundarse su acción.

La razón de una y otra de dichas dos reglas estriba en que así como los actos de administración provenientes de la misma causa son por sí misma distintos y separados, así se debe juzgar de los efectos y de las consecuencias jurídicas de cada uno

(1) Son conformes el art. 13 de la *Leg. trans.* y el art. 19.

de ellos, si es que debe resolverse, según la ley vigente, en el momento mismo en que dicho acto de administración fué completado.

85. Las reglas expuestas se aplican también á la curatela, y generalmente á todas las instituciones de protección sancionadas por el legislador para poner en guarda las personas y los bienes de aquel que no tenga completa su personalidad jurídica. Si el legislador dispusiese que para proteger la persona que se encontrase en dichas condiciones de incapacidad personal se debiere sobreponer la tutela á la curatela ó viceversa, ó que se debiese considerar en el estado de interdicción ó de inhabilitación, dichas disposiciones recibirían desde luego inmediata aplicación.

Lo mismo sucede en la hipótesis de que la nueva ley estableciese nuevas prevenciones, relativas á la pérdida de la personalidad completa, como sucedería, por ejemplo, si admitiese nuevos casos en los cuales la persona *sui juris* puede ser sujeta á la asistencia ó á la tutela.

El derecho de protección, como ya dijimos, es un derecho del Estado, y ninguno tiene razón para pretender que la continuación del estado de cosas anterior sea para él un derecho adquirido.

86. En aplicación de este principio, aquel que en virtud de su condición de pródigo fuera declarado interdicto según la ley anterior, puede en su lugar ser declarado inhabilitado según la ley italiana y sujeto como tal á la curatela, sin que por esto se entienda que haya tenido fuerza retroactiva dicha ley.

Las cuestiones que pueden nacer en éste ó en semejantes casos, son si la interdicción pronunciada en conformidad de la ley antigua viene á cesar *ipso jure* en virtud de las disposiciones de la ley nueva, de manera que el interdicto debe reputarse sin más requisitos en el mismo estado de inhabilitación ó si fuere necesaria la intervención de la Autoridad judicial para ello.

Tales cuestiones, resueltas en el campo teórico, han dado

lugar á tres diversas opiniones. Unos han dicho que la sentencia de interdicción debía reputarse anulada de pleno derecho en virtud de la ley nueva, que no admite más la prodigalidad como causa de interdicción. Otros piensan que la sentencia debe ser respetada y que debía producir todos sus efectos hasta que el pródigo ó el interdicto se hubiese acogido á las disposiciones de la nueva ley para librarse del tutor y hacerse nombrar un curador. Y finalmente, hay quien ha sostenido que la sentencia de interdicción no se debía considerar anulada, sino que por sí sola debería considerársela transformada en una sentencia de inhabilitación en vez de interdicción (1).

De las tres opiniones indicadas, la primera no es sostenible con éxito, porque está desprovista de todo fundamento jurídico. Basta, en efecto, para convencerse de ello, tener en cuenta que si en rigor de derecho fuese anulada la sentencia de interdicción, como suponen los que tal opinión sostienen, la persona á que la misma se refiere no estaría interdicta ni inhabilitada desde que se anulara dicha sentencia hasta que se dictara la nueva, teniendo en su lugar la condición de *sui juris*, ó sea el estado de plena personalidad jurídica, á pesar de que no puede suponérsele ni por un momento adquirido por dicha persona, ni con arreglo á la ley antigua ni en conformidad á los preceptos de la nueva ley.

La inhabilitación es un distinto grado de incapacidad, pero que presupone el estado de personalidad jurídica incompleta é impide que se adquiera la cualidad de *sui juris*. Luego si el pródigo no tiene la personalidad completa, según la antigua ley, que le declaraba interdicto, ¿cómo podría permanecer en el estado de plena capacidad, ó con la cualidad de *sui juris*? Esto sería un contrasentido jurídico.

De las otras dos opiniones, la segunda es la mejor fundada en derecho. Queriendo respetar el principio de la división de

(1) V. Gabba, *De la retroactividad*, v. II, cap. V, § 11, para la más completa exposición de la materia.

los poderes, no se puede convertir una ley en una sentencia. Es verdad que la ley que modifica la condición personal debe recibir inmediata aplicación, pero esto significa que todo aquel que se encontrase en las condiciones previstas por la ley puede inmediatamente pedir la aplicación de la ley nueva, y sin que sea obstáculo para ello las disposiciones de las leyes anteriores.

Si dicha ley dispusiera que el estado de inhabilitación debe ser declarado en sentencia (1) que el estado de interdicción, cuando haya sido pronunciado y se esté en el caso de revocarlo, debe ser revocado en sentencia (2). ¿Cómo admitir que un artículo de una ley pueda tener el valor de una sentencia y mudar *ipso jure* el contenido y los efectos de un fallo anteriormente dictado?

Por tales consideraciones, la opinión más racional, según los principios del Derecho, es la segunda, según la que debe subsistir en vigor la sentencia mientras no se haya procedido en conformidad á la nueva ley, ó sea mediante sentencia del Magistrado que declare al pródigo en el estado de inhabilitación.

87. En las disposiciones transitorias para la aplicación del Código civil esta opinión prevalece y fué expresamente sancionada en el art. 18, que dice:

«Las interdicciones, las inhabilitaciones y cualquiera remoción del tutor, curador ó subalternos judiciales pronunciada por la Autoridad judicial según las leyes anteriores, continúan y tienen su efecto hasta que se haya proveído por la Autoridad judicial sobre la instancia de cualquier interesado ó del Ministerio público con arreglo á las disposiciones establecidas en el nuevo Código.

»Respecto, sin embargo, á la capacidad de disponer por

(1) Confr. art. 339, Cód. civ.

(2) Confr. art. 338, Cód. civ.

testamento, se observarán las disposiciones del mismo Código.»

Con esta disposición es eliminada toda controversia, tanto más cuanto que habiendo dispuesto el legislador expresamente sobre la capacidad para otorgar testamento, ha establecido que las disposiciones del nuevo Código pueden aplicarse para la capacidad de hacer, sin asistencia de nadie, ó sea libremente, los actos que no sean de pura y simple administración.

CAPÍTULO IV

De la autoridad de la ley nueva sobre las relaciones y estado de familia.

---

88. Ley que debe regular las relaciones de familia y los derechos y deberes que se derivan de ellas.—89. Las mismas reglas se aplican tanto á la familia legítima como á la adoptiva.—90. Qué relaciones jurídicas constituyen en este punto verdaderos derechos adquiridos.

88. Para determinar cuál sea la ley bajo cuyo imperio caen las relaciones de familia y los derechos y deberes que median entre las personas que la componen, es menester distinguir cuanto concierne á la constitución ó existencia jurídica de la familia y el estado de las personas en sí mismas consideradas, de lo relativo á los derechos y deberes que nacen de las relaciones de familia que median entre las mismas personas y á los bienes que constituyen el patrimonio exclusivo de cada una de ellas.

Esta distinción es indispensable para no confundir lo que debe tenerse como derecho adquirido, y preservado por lo tanto de las posteriores modificaciones de la legislación, con lo que atañe al ejercicio de los derechos concedidos por la ley á las personas que componen la familia y á su capacidad, lo que puede ser sometido á nuevas disposiciones de la misma, y debe en su consecuencia considerarse bajo el imperio de la nueva ley desde que ésta hubiere comenzado á regir.

La existencia de la familia, como hecho jurídico, depende de la ley, la cual determina y establece las condiciones precisas para que exista jurídicamente y atribuye á las personas que la componen el estado de familia. Es por lo tanto evidente que cuando se ha realizado el hecho con todas las condiciones exigidas por la ley vigente para existir jurídicamente la familia antes de haber dejado de regir una ley, tiene que regirse por ella la existencia de la misma y el estado de las personas adquirido en su consecuencia, sin que pueda ser después impugnado á virtud de nuevas disposiciones, y deben ser considerados como un verdadero y propio derecho adquirido.

89. Esta regla debe aplicarse no solamente á la familia propiamente dicha, ó sea á la que se forma por el justo y legítimo matrimonio, sino también á la creada por piadosa invención de la ley para suplir la falta de la familia natural, es decir, la que llega á ser constituída mediante la adopción. En cuanto al vínculo que nace del concubinato, que no puede ciertamente equipararse á la familia, es también aplicable la misma regla antes expuesta, toda vez que la ley considera tal relación, aunque inmoral en sí misma, como un hecho jurídico que, bajo determinadas circunstancias por ella misma establecidas, puede atribuir el estado de paternidad y de filiación natural.

90. De aquí que el estado de cónyuge, de padre y de hijo legítimo, de padre y de hijo adoptivo, ó de padre y de hijo natural, deben ser considerados como verdaderos derechos adquiridos, siempre que se cumplan todas las condiciones exigidas por la ley para atribuir á las personas tal estado antes de que la misma deje de regir, y no pueden perderse esos derechos aunque después se modificasen las disposiciones que regulasen dicho estado.

Para todo lo demás, es decir, para cuanto concierne, no ya á la existencia jurídica de la familia, ni al estado legal de las personas que la forman, sino á los derechos y deberes de las mismas y á los que se derivan de las relaciones jurídicas que entre las mismas median: para cuanto concierne al poder y

autoridad, y la relativa sumisión de las personas que pertenecen á la familia y los derechos patrimoniales correlativos, conviene aplicar los principios expuestos en el capítulo precedente, al cual nos referimos para evitar su repetición aquí.

§ 1

Matrimonio.

91. Cuándo se aplica la ley nueva ó la antigua para la validez ó para la nulidad del matrimonio.—92. Requisitos de capacidad y de forma.—93. Impedimentos.—94. De la promesa de matrimonio.—95. Acción de nulidad. —96. Nueva causa de nulidad.—97. Nueva causa de convalidación.—98. Cesación del estado de viudo.

91. El matrimonio, considerado como hecho del hombre capaz para crear las relaciones jurídicas de la familia, se rige por la ley vigente en el momento en que fué constituído. En su virtud, el matrimonio válidamente constituído según la ley que á la sazón estuviese en vigor, continuará subsistiendo á pesar de que una ley posterior establezca distinta norma jurídica para la validez ó nulidad de esta institución.

Por el contrario, el que adolezca de un vicio de nulidad por la existencia de un impedimento que, según la ley vigente en el momento en que fué constituído, era un obstáculo á su validez, no llegará á ser válido aunque una nueva ley eliminase dicho impedimento, salvo el caso de expresa declaración en contrario por parte del legislador.

El matrimonio eclesiástico no crea hoy en algunos países las relaciones jurídicas de la familia, porque la legislación civil de los mismos no considera como matrimonio la unión conyugal celebrada con arreglo al rito religioso. En este supuesto, si una nueva ley declarase en dichos países eficaz también el matrimonio religioso para producir efectos civiles, tal

ley no vendría á hacer válidos y eficaces los matrimonios eclesiásticos celebrados antes de la promulgación de la misma, á menos que el legislador no lo hubiese dispuesto así expresamente (1).

92. Esta regla se aplica generalmente á todos los requisitos exigidos para la validez del matrimonio, ya se refieran á la capacidad de los contrayentes, ya á la forma para su celebración y á los impedimentos de cualquier naturaleza que sean considerados por la ley como un obstáculo para su validez.

Así es que siempre que haya sido celebrado el matrimonio antes de empezar á estar en vigor la ley nueva, tiene que ser regido por la ley antigua, en cuanto afecta á las condiciones de existencia y validez del mismo; y si, por el contrario, se hubiese promulgado la nueva ley antes de que quedara constituído el matrimonio, sujeto habrá de estar á las disposiciones de la misma y no á la legislación anterior, aunque todos los actos preparatorios hayan sido realizados mientras estaba en vigor ésta y aunque no faltase más que la solemnidad del rito nupcial para quedar plenamente constituído.

93. Supongamos, por ejemplo, que según la ley civil vigente no existiese un impedimento admitido por la legislación eclesiástica en los países en que el matrimonio canónico solo no produzca efectos civiles: supongamos, también, que los contrayentes hubiesen cumplido todos los requisitos exigidos por la ley civil para llevar á efecto el matrimonio y que estuviesen prontos á celebrarlo, difiriendo tan sólo la celebración para obtener la dispensa de dicho impedimento por la Autoridad eclesiástica; en tal supuesto, si después de haber sido obtenida la necesaria dispensa, pero antes de proceder á la celebración del matrimonio, fuese promulgada una nueva Ley que estableciera dicha causa como impedimento para el matrimonio según el Derecho civil, dicha ley no sería un obstáculo

(1) V. contra MAILHER DE CHASSAT, *Traité de la retroactivité*, T. 1, p. 217; KALINDERO, *De la non retroactivité*, p. 52.

para celebrarle válidamente, toda vez que ya habían sido realizados todos los actos precisos con sujeción á la legislación anterior, que no reconocía ni aceptaba ese impedimento.

En vano se invocaría en contrario la teoría de los derechos adquiridos, porque no tendría aplicación al caso; pues los particulares no pueden jamás pretender tener *uti singuli* adquirido derecho alguno á que no sea modificado por una nueva disposición legal el estado de cosas permitido por la ley anterior. Tampoco podría prosperar la consideración de que la ley nueva debía tener fuerza retroactiva. No falta quien sostenga y pretenda justificar en tales casos la retroactividad con la misma argumentación con que suele justificarse comunmente la errónea teoría de la retroactividad de las leyes, esto es, alegando que son de orden público las leyes relativas á los impedimentos del matrimonio. Pero el error que se padece es evidente y ya lo tenemos demostrado antes de ahora. No: la ley nueva, no es ni puede ser retroactiva, sino que sujeta únicamente á su imperio el matrimonio que estuviese por celebrarse al tiempo de su publicación, porque todo hecho jurídico que haya de ser realizado después de estar en vigor una ley, debe quedar sujeto á los preceptos imperativos de las mismas.

94 Lo mismo debe decirse de la promesa de matrimonio y de su eficacia para obtener el cumplimiento de la promesa, ó el resarcimiento del daño en el caso de no ser cumplida.

La obligación legal que puede derivarse de la promesa mutua de futuro matrimonio se rige por la ley bajo la cual hubiere sido hecha tal promesa. Por esto, si la nueva ley la despojase de toda eficacia legal y quitase toda acción judicial, ya sea para compeler al matrimonio, ya para obtener una indemnización en el caso de incumplimiento, sus disposiciones serían también aplicables á los esponsales llevados á cabo bajo el imperio de la ley anterior. También en este caso no sería la ley retroactiva, puesto que ella dispondría sólo para lo venidero, regulando el derecho á la acción citada después de haber empezado á regir é impediría que pudiese ser ejer-

citada dicha acción contra su prohibición á partir desde que hubiera sido abolida.

Siempre el reconocimiento de un derecho depende de la acción judicial mediante la cual se hace efectivo dicho derecho y es claro que no se puede ostentar derecho alguno si se deriva del ejercicio de la acción judicial, y no se puede ejercitar dicha acción desde el momento en que la nueva ley aboliera el ejercicio de la misma como institución jurídica. Si, por el contrario, no quitase la ley nueva en absoluto toda acción judicial en el caso de que tratamos, sino que, admitiéndola como la admitía la legislación anterior, determinara diversamente la indemnización debida para la reparación del daño causado, en tal hipótesis, la consecuencia pecuniaria de la falta de cumplimiento de la promesa de futuro matrimonio, deberá ser apreciada en conformidad á lo dispuesto por la ley bajo cuyo imperio hubiese sido hecha. De donde se deduce, que si una ley nueva modificase las prescripciones de los artículos 53 y 54 del Código civil italiano, que limitan la obligación del que no cumple la mencionada promesa á resarcir á la otra parte de los gastos hechos por causa del prometido matrimonio, las disposiciones de dicha ley no serían aplicables á la promesa hecha antes de que comenzara á regir la misma.

95. El principio más arriba expuesto se aplica también á las acciones de nulidad de matrimonio. Éstas dependen de la ley bajo la cual fuese realizado el matrimonio. Por lo tanto, si la nueva ley regulase de diversa manera la acción de nulidad, modificando más ó menos considerablemente las disposiciones relativas á los derechos pertenecientes á los cónyuges para hacer anular el matrimonio, no cambiaría dicha ley la situación de las cosas establecida por la ley anterior.

Sin embargo, así como la nulidad originaria del matrimonio depende de la ley vigente en la fecha en que fué constituído, del mismo modo las acciones pertenecientes á uno ú otro de los cónyuges para obtener la anulación deben ser apreciadas con arreglo á la misma ley.

Si, por el contrario, la nueva ley no modificase solamente la causa de nulidad, sino que aboliera en absoluto toda acción perteneciente á determinada persona para reclamar la anulación del matrimonio, dicha disposición constituiría un obstáculo para el ejercicio de la acción indicada en cuanto á los matrimonios constituídos con anterioridad á ella y que pudieran ser anulados, según la legislación anterior, á instancia de esa determinada persona á cuyo favor reconociera la misma tal derecho.

Esto sucedería, por ejemplo, en el caso de que la nueva ley negase al padre el derecho de pedir la anulación de un matrimonio celebrado sin el consentimiento paterno.

96. La ley nueva sería igualmente aplicable si estableciera una causa de nulidad no admitida por la legislación anterior, y después de comenzar á regir aquélla, subsistiese permanentemente dicha causa. Tal es el caso, por ejemplo, de la impotencia perpetua y manifiesta, que antes no era causa para anular el matrimonio, y ahora puede dar lugar á ello según el artículo 107 del Código civil italiano vigente.

En su virtud, los cónyuges que hubieren celebrado su matrimonio rigiendo la ley anterior, podrán, sin embargo, ejercitar la acción de nulidad del mismo en conformidad á las disposiciones del nuevo Código civil, y podrá ser anulado dicho matrimonio cuando concurran todos los requisitos ó circunstancias exigidas por el art. 107, para considerar subsistente la impotencia de que habla tal artículo, á pesar de haber sido constituído bajo el imperio de las leyes precedentes (1).

97. Lo mismo debe decirse si la ley nueva admitiera una nueva causa de convalidación del matrimonio que adoleciese de cualquier vicio. Sus disposiciones entonces podrían ser aplicadas para convalidar no sólo los matrimonios constituídos con posterioridad á ella, sino también los anteriores, si persistieren después de la publicación de dicha ley los hechos

(1) Confr. Cass. de Turin, 13 Octubre 1873, Gavotti. Monit., 1873, 1051.

estimados por el legislador como causa de la convalidación de los mismos.

98. Aplicando los principios expuestos se puede resolver también la cuestión relativa á la cesación del estado de viudo que traiga su origen desde la época en que estuviese vigente la ley antigua.

Supongamos que la muerte del cónyuge sobreviniera antes de la publicación de la ley nueva, y por lo tanto, que la mujer quedase viuda mientras regía la ley antigua, la cual establecía la terminación del estado de viuda por consecuencia del nuevo matrimonio, teniendo como eficaz para ello el matrimonio celebrado con arreglo al rito de la Iglesia, que el legislador consideraba válido para todos los efectos civiles. Esto sentado, supongamos también que la ley nueva estableciera que sólo el matrimonio civil produzca efectos civiles, y que después de la promulgación de tal ley la viuda hubiese celebrado segundo matrimonio con arreglo al rito de la Iglesia; ¿podría en este caso considerarse terminado el estado de viudez, en cuanto á la mujer, y tenerse en su consecuencia por tal hecho confirmado respecto de ella el cambio de estado, para deducir de él la pérdida de aquellos derechos que lleva consigo dicho cambio de estado?

No cabe la menor duda de que, según los rigurosos principios del derecho, debería sostenerse la negativa.

Como antes hemos dicho, la ley nueva no debe perjudicar, sino, por el contrario, respetar la condición y estado en que se encuentren las personas, en virtud de la legislación precedente al tiempo de la promulgación de la misma; pero (sin que por esto tenga fuerza retroactiva) puede regular en adelante los cambios posibles del estado adquirido. Si, pues, la ley vigente no admite ni reconoce como válidos y eficaces otros matrimonios más que los celebrados con sujeción á la forma por ella prescrita, es claro que no se puede considerar concluído el estado de viudez sino únicamente cuando se constituya el segundo matrimonio según la nueva ley vigente.

De lo expuesto se debe deducir como regla general, que en todo caso en que la pérdida de un derecho dependa de la cesación de un estado personal adquirido con arreglo á la legislación anterior, se debe aplicar la ley nueva para decidir si los cambios ó mudanzas sobrevenidos en las condiciones de la persona implican ó no la cesación del estado precedentemente adquirido.

§ II

Separación personal.—Divorcio.

99. Carácter propio de la separación personal.—100. Cómo debe ser aplicada la ley nueva.—101. Causa nueva de separación.—102. Carácter jurídico del divorcio.—103. Ley nueva que lo admite.—104. Divorcio por condena criminal.—105. Injuria grave como causa nueva de divorcio.—106. ¿Se pueden tomar en cuenta para este efecto las injurias proferidas con anteriori dad á la publicación de la ley?

99. El principio expuesto en el párrafo que antecede puede tener aplicación en la cuestión relativa á la separación de las personas de los cónyuges y al divorcio.

La separación personal no hace cesar verdaderamente el estado de cónyuge, adquirido por el marido y la mujer con el matrimonio, sino únicamente la vida común de los mismos, *mensa et thoro*, y da lugar al estado de cónyuge legalmente separado.

100. Si la ley nueva aboliese por completo la institución de la separación personal de los cónyuges, es evidente que no podría ejercitarse ninguna acción judicial para obtener dicho estado en virtud de la ley anterior, que admitía dicha separación, por el principio de que ningún derecho puede ejercitarse con arreglo á una legislación anterior si el ejercicio y el reconocimiento de dicho derecho depende ó se deriva de una institución

jurídica que la ley nueva vigente á la sazón no estime en adelante como tal.

Por el contrario, si la ley nueva modificase solamente la causa en cuya virtud pudiera pedirse y obtenerse la separación personal de los conyuges según la legislación anterior, puede suscitarse la duda de si había de estarse á la ley vigente al tiempo en que fué constituído el matrimonio ó á la nueva disposición legal para decidir sobre la admisión ó inadmisión de las causas alegadas como fundamento de la acción ejercitada para obtener la separación personal después de publicada la nueva ley. Como la institución de la separación de los cónyuges en este caso subsistiría por la nueva legislación, no habría dificultad para que pudiera ejercitarse la acción judicial indicada; pero la dificultad y la duda estribaría en si habrían de invocarse las causas establecidas para ello en la ley antigua ó en la nueva cuando se tratase de matrimonios constituídos con arreglo á la anterior.

Para resolver dicha dificultad conviene distinguir cada uno de los casos que pueden ocurrir. Si la ley anterior admitía una causa de separación no admitida después por la ley nueva, debería, sin embargo, aplicarse la primera de dichas disposiciones siempre que hubiera tenido lugar dicha causa antes de comenzar á regir la ley nueva. La razón de esto estriba en que los hechos jurídicos caen bajo el imperio de la ley vigente en el momento en que fueren realizados, y como en dicho supuesto la causa de separación era anterior á la nueva ley y habría tenido su origen estando vigente la antigua, ésta es la que debe ser aplicada para regular su ejercicio y resolver sobre su admisión.

En efecto, toda ley puede, sin perjudicar el estado de derecho adquirido según la legislación precedente, regular las posibles modificaciones ó cambios de dicho estado que procedan por consecuencia de los hechos sobrevenidos mientras la misma esté en vigor; pero los que tengan lugar antes de su publicación deben caer bajo el imperio de la ley que rigiera en el momento que tales hechos se realizaren.

A esta consideración hay que agregar además la de que del mismo modo que es la ley bajo cuyo imperio se hubiere celebrado el matrimonio la que debe regular también el derecho para pedir la anulación del mismo por una causa establecida en dicha ley y realizada mientras estuviere en vigor, igualmente debe ser también la que rija para regular el ejercicio del derecho de pedir en las mismas circunstancias la separación de los cónyuges. Este derecho debe, pues, ser respetado por la ley posterior del mismo modo que el de promover la anulación del matrimonio celebrado con anterioridad.

La regla expuesta derívase del principio general de que todo matrimonio celebrado bajo el imperio de una ley se entiende realizado con la condición, tanto de que pueda ser anulado con arreglo á la misma como de que pueda acordarse según ella la separación de los cónyuges, cuando concurrieren las circunstancias establecidas por dicha ley como causa de la anulación ó de la separación personal indicada.

Hemos expuesto ya que cuando no es abolida por completo por la nueva ley la separación conyugal como institución jurídica, nada obsta la publicación de dicha disposición legal para que sean apreciadas y reguladas con arreglo á la legislación anterior las consecuencias de un hecho, que según ella diere origen á una causa de separación ocurrido antes de estar en vigor la nueva ley, aunque el juicio entablado para obtenerla hubiese sido promovido rigiendo ya esta última. Por las mismas razones debería aplicarse la ley nueva, y no la antigua, cuando el hecho origen de la causa de separación indicada hubiese ocurrido después de estar en vigor la nueva disposición, aun cuando el matrimonio hubiere sido constituído con arreglo á la legislación anterior.

101. Si la nueva ley estableciera, por el contrario, una nueva causa de separación, entendemos que si ésta sobreviniera después de haber empezado á regir dicha ley, ó si, á pesar de haber tenido principio antes de su publicación, subsistiera después de ella, podría ser promovida la acción para la separación perso-

nal de los cónyuges con arreglo á la nueva causa admitida por dicha ley (1).

El principio es para nosotros siempre el mismo, á saber: toda ley tiene autoridad y fuerza bastante para regular desde el momento de estar en vigor los cambios y modificaciones del estado civil y las consecuencias jurídicas de los hechos ocurridos con posterioridad que afecten al estado adquirido con arreglo á las leyes anteriores.

102. El divorcio no modifica solamente el régimen de vida de los cónyuges, sino que rompe por completo el vínculo matrimonial, lo cual implica la cesación del estado conyugal.

103. Aplicando para el divorcio el principio expuesto antes, se puede establecer como regla general que cuando la ley nueva admite el divorcio, debe ser aplicada no sólo á los matrimonios celebrados después de su publicación, sino también á aquellos otros que hubiesen sido constituídos estando vigente una ley anterior que lo prohibiese; pues como hemos dicho ya en otra ocasión, no puede considerarse como un derecho adquirido el que la ley concede para promover el divorcio ó para que no pueda intentarse (2).

Una sola condición es indispensable para hacer aplicable á los matrimonios anteriores á ella la ley nueva que admitiese el divorcio, ó una nueva causa para solicitarlo, á saber: la de

(1) Una aplicación de esta regla podría hacerse en el caso de abandono voluntario por parte de un cónyuge unido en matrimonio en Italia bajo el imperio de las leyes pontificias, que concedían al marido el derecho de hacer retornar á la mujer á la casa conyugal *manu militari* cuando ésta la hubiere abandonado; pero que no admitía entre las causas de separación el abandono voluntario aceptado como tal por el art. 150 *Cód. civ. it.* Si el abandono voluntario subsistiese después de haber empezado á regir la ley italiana, no dudamos que en este hecho podría fundarse una demanda de separación según el art. 150 antes citado.

Véase sentencia del Tribunal de Ap. de Roma, 8 Enero 1879 (Sinibaldi e Balzarini), *Monit. de Trib.*, 1879, 186.

(2) Véase lo expuesto antes, § 37.

que dicha causa tenga efecto ó se realice después de haber empezado á regir dicha ley, ó que habiendo tenido principio antes, subsistiese después de dicho momento.

104. Lo mismo debe decirse respecto del caso en que la ley nueva admitiese como una de las causas de divorcio la condena impuesta á cualquiera de los cónyuges á sufrir determinada pena. En su virtud, si el juicio criminal y la condena citada tuvieren lugar antes de estar en vigor dicha ley, y el cónyuge condenado hubiera extinguido ya ó empezado á cumplir la pena impuesta, podría ser promovido el divorcio sin género alguno de duda, á nuestro juicio.

Esto no es dar efecto retroactivo á la nueva ley ni atribuir á la condena criminal, en dicho caso, un efecto que no le correspondía con arreglo á la legislación vigente cuando fué impuesta, sino aplicar la ley en vigor para regir y regular las consecuencias jurídicas de un hecho ocurrido ó subsistente después de su promulgación, cual es el estado de condenado á una pena criminal en que se hallaría el cónyuge á quien hubiere sido impuesta dicha condena (1).

Gabba establece la misma solución, aunque en el solo caso de una condena criminal inmediata y aun no extinguida por completo antes de la promulgación de la ley que admitiera la disolución del matrimonio por tal causa, con cuya opinión no podemos estar conformes (2).

En efecto: la razón por la cual admite la ley el divorcio en el caso de condena criminal, es la de hacer cesar respecto del cónyuge inocente y de buena fama una situación en extremo penosa, pues no ha podido menos de ser considerada como una fuente perenne de infelicidad el llevar un nombre manchado ya por el delito y el hacer vida común con una perso-

---

(1) Confr. la sentencia del Tribunal de Ap. de Turín de 25 de Mayo de 1808, citada por MERLÍN, *Rep. Effet. retroactif*, § 11, art. 111.

(2) *Della retroattività delle leggi*, vol. II, p. 180.

na que ha perdido toda estimación social por haber estado condenada criminalmente. Por lo tanto, ¿qué importa ni significa la circunstancia puramente accidental de que el culpable haya ó no extinguido la condena, para que en ella se funde la distinción establecida por Gabba en cuanto á la resolución de esta cuestión? ¿Puede acaso con cumplir la pena hacer cesar el culpable las consecuencias y estado jurídico creado por su condena? ¿Podría por ello recobrar la estimación social y la buena fama perdidas por el hecho de la condena? ¿Podría quitarse al cónyuge inocente la vergüenza de llevar un nombre deshonrado ya por el delito? Si, pues, subsiste la misma razón legal tenida en cuenta para aceptar esta causa de divorcio, después de cumplida la pena impuesta y no puede ser por ningún medio legal subsanado dicho estado, parece que debe ser indiferente el que la condena sea anterior ó posterior y el que la pena se haya extinguido ó no por completo antes de publicarse la nueva ley, toda vez que ésta tiene que considerar como causa de divorcio el estado jurídico creado por la condena, mientras subsista dicho estado, que no desaparece ni cesa, como hemos dicho, por el hecho de haber sido cumplida la pena impuesta.

Confirma en esta opinión la consideración de que, según la ley vigente, se halla la condena á una pena criminal entre las causas por las cuales puede pedirse la separación personal de los cónyuges, bastando al legislador para ello el estado de condenado con abstracción completa de la circunstancia de haber sido ó no cumplida la pena; tanto, que tiene como justa causa hasta la condena anterior al matrimonio, si el cónyuge que pide la separación no hubiera tenido participación en el delito.

105. Un hecho anterior que no podría caer bajo la disposición de la ley nueva, sería el de la injuria grave, inferida antes de empezar á regir la ley nueva que la considerase como causa de divorcio.

La demanda de divorcio en esta hipótesis no podría ser ad-

mitida, porque estaría fundada en un hecho ya pasado, y no podría contra esto valer la razón de que dicha ley admitía el divorcio por el hecho de la injuria grave, presumiendo que la continuación de la vida conyugal y la felicidad recíproca no puede subsistir entre los dos cónyuges después de un hecho tan grave, y en consideración también á que la exacerbación del ánimo, que es consecuencia de la injuria grave, subsistiría lo mismo siendo anterior que posterior al matrimonio, pues lo contrario estaría en pugna con la regla general de que todo hecho pasado no puede ser objeto de las disposiciones de una ley nueva.

106. Entiéndase, sin embargo, que si en el caso de fundarse la demanda de divorcio en la injuria y malos tratamientos, hubieren ocurrido sólo algunos de estos hechos después de estar en vigor la ley nueva, no podría negarse á la mujer el derecho de aducir también en apoyo de su demanda los hechos ocurridos con anterioridad á dicha ley; pues es evidente que si tales hechos no pueden por sí solos motivar una sentencia de divorcio, sirven, no obstante, como prueba de la mala conducta del marido y para hacer conocer la situación en que á la sazón se encuentran los cónyuges por consecuencia de los actos comenzados antes y continuados después de la promulgación de la nueva ley.

§ III

Paternidad; filiación legítima.

107. Qué ley debe regular el estado de paternidad y de filiación.—108. Es decisivo el hecho de la concepción constante el matrimonio.—109. Cuestión acerca de la más larga ó más breve gestación.—110. Opinión de Kalindero.—111. Teoría aceptada por nosotros.—112. Acciones pertenecientes al padre y á sus herederos.—113. Ley por la que fuese abolida una acción establecida para impugnar dicho estado.—114. Ley que modificase ó regulase diversamente el ejercicio de la acción indicada.—115. Ley que introduzca nuevos modos de legitimación.—116. Cuestión sobre la legitimación por subsiguiente matrimonio.

107. El estado de paternidad y de filiación puede ser legítimo, adoptivo y natural. Es legítimo, cuando es efecto del matrimonio; adoptivo, cuando la relación entre el padre y el hijo proviene de la adopción, y natural, cuando la procreación de la prole ilegítima trae su origen del precepto de la ley ó de declaración espontánea por parte del padre, ó de una demanda judicial por parte de la prole ó de sentencia del Juez competente.

Según la ley vigente, hay que estar al momento en que se verifica el nacimiento para decidir si pueden ó no tenerse como concurrentes todos los requisitos y circunstancias exigidas por la ley para atribuir al hijo la condición de legitimidad ó ilegitimidad. El estado de hijo ó de padre legítimo de tal modo establecido, se debe considerar como un estado permanente, aunque después se modifiquen las leyes sobre las condiciones constitutivas del mismo (1).

(1) Confr. Cass. de Turín, 22 Octubre 1881. Morosini. *Monit. de Trib.*, 1881, p. 1084.

Por lo tanto, la condición de legitimidad depende de que se hayan realizado todas aquellas circunstancias y aquellos requisitos establecidos por la ley, y á los cuales asocia la misma la presunción de legítima procreación.

A primera vista podría decirse que la ley en vigor es la que debe servir para decidir si concurren ó no en cada caso los requisitos legales exigidos para la legitimidad, y que, en su consecuencia, podría ser negada la legitimidad con arreglo á dicha ley si no concurrieren dichos requisitos. Pero no menos debe tenerse en cuenta que la legitimidad, en cuanto es consecuencia directa de los hechos realizados en conformidad á la ley vigente, constituye para el hijo un derecho concreto y perfecto, puesto que establece y determina la condición jurídica y el estado personal del mismo; y en su virtud, hay que reconocer que cuando hubiese sido adquirida la legitimidad según la ley antigua antes de la publicación de la ley nueva, debe ser como tal respetada por la ley posterior.

108. La condición indispensable para atribuir al hijo el estado de legitimidad, es que haya sido concebido durante el matrimonio. Partiendo de esta condición, las leyes han fijado un término máximo y otro mínimo á la concepción, á contar de la constitución del mismo ó con referencia á su terminación, para presumir legítima ó ilegítima la procreación. La norma del Código vigente en la actualidad en Italia es la siguiente: «Se »presume concebido durante el matrimonio el hijo nacido des»pués de los 180 días de la celebración del matrimonio y den»tro de los 300 días siguientes á la disolución ó anulación del »mismo» (art. 160). Según la ley austriaca, se presume concebido durante el matrimonio el hijo nacido *en el décimo mes*, ó sea también dentro de los 300 días antes indicados.

109. Dadas las disposiciones que quedan citadas, puede surgir la duda de si deben aplicarse en cuanto á los hijos nacidos después de la promulgación del Código italiano en las provincias sujetas antes al Austria, que, como es sabido, se rigen por la legislación austriaca, las disposiciones de esta legislación ó

las del Código italiano para fijar el término máximo de la gestación, á fin de poder deducir la presunción de la procreación legítima. La misma duda podría suscitarse en el caso de que una ley posterior modificase el término fijado como mínimum para la presunción de la gestación legítima.

A primera vista podría parecer que así como la concepción es por sí un hecho jurídico que atribuye derechos, tanto que el que fuere concebido puede desde ese momento suceder y adquirir la herencia bajo condición de nacer vivo y viable, también debería admitirse que el hijo que fuere concebido estando vigente la ley austriaca, que le atribuía el estado de hijo legítimo bajo la condición de que naciese en el décimo mes lo más tarde, debería ser considerado como tal, si hubiere nacido por ejemplo el día 302, á pesar de que en el momento del nacimiento estuviese en vigor la ley italiana que no admite, según queda dicho, la presunción de legítima procreación después de los 300 días.

110. Esta opinión ha sido sostenida por Kalindero y por otros escritores, los cuales alegan en apoyo de tal doctrina que cuando las leyes aseguran al hijo el beneficio de la presunción de la procreación legítima á condición de que tenga lugar el nacimiento dentro del término fijado por las mismas á contar del fallecimiento del marido, no debe ser privado el hijo de tal beneficio en virtud de una ley posterior que le sea menos favorable. En otros términos, consideran dichos escritores el *favor legittimitatis* como un derecho adquirido, y por tal razón pretenden que debe aplicarse la ley anterior en cuya virtud ó bajo cuyo imperio se hubiere adquirido ó creado ese derecho.

Debemos, sin embargo, observar, que si toda la razón para resolver esta cuestión consistiese en asegurar un *beneficio* al hijo ó en estar á lo más beneficioso para éste, sería necesario admitir también que en la hipótesis contraria debería aplicarse la ley vigente en el momento del nacimiento si ésta fuese más favorable para el efecto de atribuir al hijo nacido la cualidad de legítimo, y esto nos llevaría á aquella vaga teoría combati-

da por nosotros de aplicar en todo caso la ley nueva ó la antigua según que la una ó la otra fuese más favorable, teoría verdaderamente falta de toda base jurídica.

Por otra parte, al atribuir ó negar la ley la legitimidad al hijo, en el caso de nacer después de la muerte de su padre, no se inspira en el propósito de beneficiarle, ó por decirlo así en el *favor legittimitatis*, sino en la presunción legal de que la concepción haya tenido lugar durante el matrimonio.

111. Nosotros seguimos, en su virtud, la opinión sostenida por Gabba (1) y por Borsari (2), á saber: que el término para la presunción de la concepción legítima debe regirse por la ley vigente en el momento del nacimiento.

A las razones expuestas por los citados escritores agregamos nosotros, que si bien la legitimidad del nacimiento es una consecuencia de la legitimidad de la concepción, sin embargo, el hecho cierto objeto de la disposición de la ley, y sobre el cual se establece la presunción legal, es el nacimiento, y por lo tanto, hay que estar á ese hecho para atribuir ó negar la legitimidad al hijo nacido en dichas condiciones.

Con relación al nacimiento cada legislador ha establecido, según los criterios de la ciencia y de la experiencia, cuándo debe presumirse que la concepción ha tenido lugar durante el matrimonio ó fuera de él; y por el principio general de que todo hecho jurídico cae bajo el imperio de la ley vigente en el momento de su realización, es para nosotros indudable que ninguna otra ley debe aplicarse para establecer la presunción de la concepción legítima que aquella que estuviese en vigor cuando se realizó el nacimiento.

El argumento de Kalindero es un círculo vicioso, mediante el cual supone concebido durante el matrimonio al niño aun no nacido y le supone así concebido para que pueda apli-

---

(1) GABBA, *Teoría de la retroactividad*, v. 11, cap. v, §. 8, p. 195 y siguientes.

(2) BORSARI, *Título preliminar*, §. 33.

cársele la disposición de la ley antigua, aunque dicha ley no se halle en vigor en el momento en que tenga lugar el nacimiento.

Por el contrario, entendemos nosotros que la concepción legítima ó ilegítima depende de la presunción legal que tenga como realizada dentro ó fuera del matrimonio dicha concepción. Esa presunción la establece cada legislación, relacionando el término del nacimiento con el del matrimonio, y con arreglo á los criterios de la ciencia y de la experiencia, determina cuándo debe considerarse realizado dentro ó fuera del matrimonio, por lo que es evidente que según la ley que estuviese en vigor en el momento de verificarse el nacimiento debe resolverse si ha de tenerse ó no como legítima la concepción, porque bajo el imperio de la misma se realizó el hecho del nacimiento, que es el hecho cierto sobre el cual se funda la presunción.

112. Para cuanto atañe á las acciones pertenecientes al padre ó á sus herederos y á los terceros para desconocer ó impugnar la legitimidad de la prole, y á las que corresponden al hijo para reclamar tal estado y para suministrar la prueba de él debe aplicarse también la ley vigente en el momento del nacimiento. Si la condición de legitimidad depende en efecto de que se verificasen aquellas circunstancias y aquellos extremos de hecho á los cuales asocia la ley vigente en el momento del nacimiento la presunción de legítima procreación, es claro que la legitimidad, como consecuencia directa de tales hechos, no puede ser apreciada ó valuada más que con arreglo á las leyes vigentes en el momento en que dichos hechos se realizaran ó dichas circunstancias se cumplieran.

113. Sin embargo, en cuanto á esto, debemos notar que si la ley nueva aboliese absolutamente el ejercicio de toda acción judicial para impugnar el estado en las circunstancias por ella misma determinadas, tal prohibición absoluta sería un obstáculo para que se pudiese ejercitar la acción bajo la base de una legislación anterior.

Esto debe decirse, por ejemplo, de las disposiciones del artículo 173 del Código civil vigente, el cual dispone que «ninguno puede reclamar un estado contrario á aquel que le atribuyen el acto del nacimiento legítimo y la posesión conforme al mismo.»

Con tal disposición quiso el legislador dejar seguros y estables los vínculos de la familia legítima, y á fin de impedir que pudiese ser turbado por tiempo indefinido el orden de la familia y la condición civil de las personas, ha negado toda acción judicial para reclamar un estado contrario á aquél atribuído al hijo legítimo por el acto del nacimiento y por la posesión de dicho estado conforme al mismo.

Ahora bien: esta disposición es absoluta é impide el ejercicio de cualquiera acción que se hallase en las circunstancias indicadas en el artículo mencionado, y como quiera que en las disposiciones transitorias no se hace ninguna reserva para limitar la aplicación de tal precepto respecto de aquellos que nacieren bajo el imperio de las legislaciones anteriores, por esto es para nosotros evidente que dicha disposición debe ser aplicada también á ellos.

114. Supongamos que la ley nueva sancione la máxima de que la acción para reclamar el estado legítimo es imprescriptible respecto del hijo. Tal disposición deberá ser aplicada también á los hijos nacidos bajo la ley anterior, y cuya acción para reclamar tal estado no hubiese prescrito ya al tiempo de ponerse en vigor la ley nueva.

Es indudable que la disposición citada tiene por objeto regular el ejercicio de las acciones judiciales para arreglar el orden de la familia, y sujetaría á su imperio todas las acciones para reclamar el estado legítimo que se tuviese derecho á ejercitar después de estar en vigor.

115. No puede tampoco ser dudoso que si la ley nueva introdujese nuevos modos de legitimación, sus disposiciones serían aplicables también á los hijos nacidos bajo la ley anterior. La legitimación sería en este caso la consecuencia del

hecho jurídico, terminado después de haber comenzado á regir la ley nueva, y es natural que deba, por lo tanto, sujetarse á los preceptos de la misma.

116. Una dificultad podría suscitarse en el caso de que la ley nueva admitiese la legitimación por consecuencia del matrimonio celebrado por los padres del hijo nacido fuera del matrimonio, como sucede en España con los hijos naturales que pueden ser legitimados por subsiguiente matrimonio.

En este caso se podría dudar si debería aplicarse también las disposiciones de dicha ley nueva y ser, en su virtud, legitimados los hijos habidos por aquellos que se hubiesen casado antes de la publicación de la misma.

Podría opinarse, desde luego, que así como las consecuencias jurídicas de un hecho caen bajo el imperio de la ley que rigiera en el momento en que dicho hecho se hubiese realizado, del mismo modo deben quedar sujetas á la ley vigente cuando el matrimonio quedó ultimado, las consecuencias del mismo, tanto en los demás efectos del matrimonio, como en los relativos á la legitimación de la prole habida entre los cónyuges con anterioridad á su celebración. Esta es la opinión de Savigny.

A nosotros nos parece mucho más correcta la opinión de Gabba (1), según la que debe ser aplicada también la ley nueva, para tal efecto, hasta respecto de aquellos que estuvieren ya unidos en matrimonio antes de haber comenzado á regir dicha ley, y por lo tanto, serán legitimados por virtud de la misma los hijos que hubieren tenido los cónyuges antes de su matrimonio, aunque al tiempo de celebrarse éste no estuviese admitida por la ley á la sazón vigente dicha clase de legitimación. Según dicho publicista, no sólo en consideración al objeto de la ley, que ciertamente está dictada para favorecer la prole natural, sino también por otras muchas razones no menos importantes, se debe admitir interpretando la voluntad misma

---

(1) GABBA. Obra citada ya, v. II, § 4.

de los padres que ellos quieren aprovechar las favorables disposiciones de la misma para atribuir á sus hijos la legitimidad. Estas serían, en verdad, razones muy poderosas para admitir que la ley nueva debe tener la más amplia interpretación y tal vez decisivas en el sistema por nosotros impugnado de estar á lo más favorable para decidir si debe aplicarse la ley antigua ó la nueva. Pero otras más importantes y científicas existen que abonan dicha opinión.

En efecto, la legitimación por subsiguiente matrimonio se funda en dos hechos: uno, la procreación que según derecho natural hace nacer en el hijo el derecho de obtener de la persona que le engendró la asistencia y subsistencia; y otro, el matrimonio que legitima tal relación jurídica en cuanto al orden civil. Ahora bien, si tales hechos continúan subsistiendo después de la promulgación de la ley nueva, ésta puede, *sin incurrir en retroactividad*, atribuir á los mismos consecuencias jurídicas distintas, porque no son derechos perfectos y adquiridos. De aquí que, conforme á los principios generales, la ley nueva debe producir todos sus efectos jurídicos respecto á dicha legitimación desde que empiece á regir, porque subsistiendo siempre la relación de filiación y durando el matrimonio después de la promulgación de la misma, la ley nueva puede regular tales hechos y sujetar á sus preceptos imperativos las consecuencias jurídicas que de ellos se derivan.

§ IV

Paternidad establecida mediante la adopción.

117. Para la paternidad ó parentesco civil establecido por la adopción ó por otros medios, debe regir la regla general de que el estado de padre ó de hijo adoptivo adquirido según la ley anterior debe ser reconocido y respetado como tal, á pesar de que la ley nueva hubiese modificado después las condiciones establecidas para poder adoptar ó ser adoptado.

Es natural que únicamente deban quedar sujetas á las disposiciones de la nueva ley aquellas adopciones que no estuviesen terminadas aún al ser ésta publicada, y sólo en cuanto á lascondiciones para dar lugar á la adopción y en cuanto á los procedimientos para llevarla á efecto. Esto ha sido objeto de expresa disposición en el art. 8° de la ley transitoria italiana, que dice así: «Los procedimientos de adopción iniciados ya en el día de la promulgación del nuevo Código, continuarán ante el Tribunal de Apelación, según las reglas establecidas en el mismo Código.»

Estos principios fueron adoptados también en la ley transitoria francesa (1), la cual dispone expresamente que la adopción hecha antes de la publicación del Código, debe ser regulada según la ley anterior, siempre que no concurriese ninguna de las condiciones impuestas después á este contrato.

Esta máxima ha sido después constantemente aplicada por

(1) Ley 25 Germinal, An. II.

la jurisprudencia para fallar muchas contiendas ó litigios en cuanto á la validez de la forma de la adopción y á la capacidad del adoptante y del adoptado (1).

De los efectos de la adopción respecto de los bienes, hablaremos en su lugar. Aquellos que se pueden considerar como un efecto inmediato del estado, como son las relaciones civiles entre el adoptante y la familia del adoptado ó entre el adoptado y los parientes del adoptante, dependen enteramente de la ley vigente en el tiempo en que tuvo lugar la adopción y deben regirse por ella. Tal sucede, por ejemplo, respecto de la obligación que incumbe al adoptante de dar alimentos á los hijos del adoptado, y por lo tanto, en el caso de que haya tenido lugar la adopción bajo el imperio de la ley civil austriaca, que concede tal derecho, deberá admitirse y declararse la obligación de dar tales alimentos, aun cuando éstos se pidan estando ya en vigor el Código civil italiano, según el cual no tienen los hijos del adoptado acción alguna para pedir alimentos al adoptante (2).

En todas las cuestiones de derecho transitorio referentes á la adopción, es necesario tener presente la naturaleza verdadera y propia de esta institución, la cual tiene el carácter de convención permitida por la ley.

De la adopción estipulada bajo las condiciones establecidas por la ley vigente, se derivan derechos convencionales, los cuales deben ser respetados como derechos adquiridos, aun cuando las consecuencias jurídicas de los mismos vengan á desenvolverse después de la muerte de uno ú otro de los contrayentes verificada estando en vigor una ley distinta.

---

(1) Confr. Cass. Fran. 24 de Noviembre de 1806, 13 de Septiembre de 1809, 12 de Noviembre de 1811, 23 de Septiembre de 1816.—PASICRESIE, Ser. 1, par. I, vol. IV, pág. 355; vol. V, pág. 444; vol. VI, pág. 277; vol. VIII, pág. 436.

(2) Confr. Cass. de Turín, 3 de Diciembre de 1884. (*Monitor de los Tribunales*, 1815-I.)

§ VI

Paternidad y filiación natural.

118. El estado de hijo natural se adquiere cuando es hecho el reconocimiento con arreglo á la ley.—119. El reconocimiento no terminado aún al tiempo de publicarse la ley nueva se halla sujeto á las disposiciones de ésta.—120. Cuestiones acerca de las indagaciones sobre la paternidad.—121. Disposiciones relativas á este particular, según algunas leyes transitorias.—122. Se discute la cuestión de si es un derecho adquirido ó no el de suministrar la prueba de la paternidad.—123. Teoría sancionada por el Tribunal de Casación de Turín.—124. Opinión nuestra.—125. La ley transitoria que deroga la prohibición sobre las indagaciones de la paternidad tiene distintas interpretaciones.—126. La ley intermedia sobre las indagaciones de la paternidad no tiene eficacia.—127. Del hijo procreado en país distinto de aquel en que hubiere nacido.—128. De la ley que regula las excepciones.—129. De los medios de prueba.—130. Condición jurídica del hijo natural.—131. Si la declaración de paternidad conforme al párrafo 163 del Código *austriaco* puede atribuir el estado civil de filiación en Italia.—132. Doctrina establecida por el Tribunal de Casación de Turín.—133. Observaciones críticas y argumentos aducidos para sostener la opinión contraria.

118. Las reglas expuestas hasta aquí se aplican también á la paternidad y filiación natural.

La relación entre el padre natural y la prole nacida mediante la procreación ilegítima produce efectos jurídicos cuando es declarada tal procreación ó por espontáneo reconocimiento de parte del padre ó de la madre ilegítima, hecho bajo las condiciones y en la forma establecida por la ley, ó por sentencia judicial dictada en las diligencias sobre investigación de la paternidad ó de la maternidad promovidas por el hijo en

los casos y en la forma establecida por la ley que autorice tales investigaciones.

Siempre que el estado de padre ó de hijo natural sea establecido con arreglo á la ley vigente, tanto en uno como en otro de los casos citados, debe ser reconocido dicho estado aunque las leyes posteriores á su establecimiento cambien ó modifiquen las reglas relativas á ello.

También deben decidirse por la ley vigente en la época en que fuere establecido dicho estado, todas las cuestiones que se susciten acerca de las condiciones legales bajo las cuales puede ó no tenerse por constituído el estado de hijo natural, y acerca de los actos *idóneos* para constituir el reconocimiento espontáneo y sobre la condición de la prole que pueda ó no ser reconocida.

Siempre que el reconocimiento haya sido hecho en el modo y en la forma prescrita por la ley vigente en la época en que tuviere lugar dicha relación jurídica, debe ser tenido como un derecho adquirido el estado de padre y de hijo natural así legalmente establecido, cuyo derecho no puede ser después quitado por una ley posterior.

119. Si, por el contrario, no hubiese estado ya hecho el reconocimiento en el momento en que comenzase á regir la ley nueva, es evidente que tendría que ajustarse dicho reconocimiento á las disposiciones de la nueva ley por la razón, tantas veces repetida, de que no puede considerarse como un derecho perfecto y adquirido la facultad perteneciente al individuo para hacer ó ejecutar un acto jurídico según la ley vigente si no se hubiese aprovechado de ella para adquirir un derecho perfecto y determinado, antes de que cesase el imperio de la ley que le concediera tal facultad.

En conformidad con estos principios quedó resuelta en Italia la cuestión después de la publicación del Código civil, el cual en su art. 180 prohibe el reconocimiento de los hijos incestuosos y adulterinos.

En su virtud, el reconocimiento del hijo adulterino legal-

mente hecho en la forma y modo establecido por la ley austriaca, es considerado como eficaz en nuestros Tribunales en cuanto á las provincias sujetas al Austria, porque resulta hecho bajo el imperio de una ley que lo permitía.

120. Más grave es la cuestión relativa á la autoridad de la ley nueva modificativa de las disposiciones de la ley anterior en cuanto á las indagaciones sobre la paternidad ó la maternidad (1).

Los hijos nacidos mientras rigiera una ley que atribuyese á los mismos el derecho de hacer declarar judicialmente la paternidad de sus genitores mediante la prueba exigida por la ley, ¿podrán deducir tal demanda y ser admitida la justificación con arreglo á la ley anterior si una nueva disposición prohibiese las indagaciones sobre la paternidad ó la maternidad?

Esta cuestión ha sido vivamente debatida por los jurisconsultos y diversamente resuelta por los legisladores.

Entre los escritores se ha manifestado una sustancial divergencia de opiniones en cuanto á este particular. Algunos sostienen que la prohibición de las investigaciones de la paternidad sancionada por la ley nueva debe considerarse como absoluta, y han negado hasta á los hijos legítimos nacidos ó concebidos bajo la ley anterior á dicha prohibición el derecho de demostrar su paternidad después de la publicación de la ley

---

(1) El derecho de demostrar la paternidad natural admitido en el Derecho romano, fué abolido en muchos estados de Europa después que el Código francés, en el art. 340, prohibió la indagación de la paternidad, concediendo sólo por vía de excepción el derecho de acreditar la paternidad en el caso de rapto. Tal prohibición ha sido después sancionada en todas las legislaciones que tomaron por base la francesa.

El Código civil italiano contiene la misma prohibición en el art. 189 con la excepción antes dicha en el caso de rapto ó de estupro violento cuando el tiempo de la concepción corresponda al del rapto ó del estupro. Las legislaciones de los pueblos germanos y de la Europa septentrional, permiten únicamente las indagaciones sobre la paternidad natural. En cuanto á la maternidad, todas las legislaciones citadas coinciden en permitirla, y únicamente se diferencian en los medios de prueba admitidos para tal efecto.

nueva que prohibiera tales investigaciones (1). Otros, por el contrario, considerando el derecho de investigar la paternidad como un derecho adquirido por el hijo nacido bajo la ley anterior que permitiese tal investigación, entienden que dicho hijo puede suministrar la prueba de su paternidad aun después de la promulgación de la ley que lo prohiba, por el respeto debido al derecho adquirido por dicho hijo (2).

Algunos de los que sostienen la primera de las opiniones citadas, hacen, sin embargo, una excepción respecto de las acciones intentadas antes de la publicación de la ley nueva, admitiendo que debe ser respetado solamente en dichos casos el derecho de proseguir el juicio con arreglo á la legislación anterior (3).

121. En algunas de las leyes transitorias, la cuestión ha quedado resuelta por medio de disposición expresa. Ejemplo de ello es la legislación francesa durante la revolución, la cual vino á establecer que la prohibición de las investigaciones de la paternidad debía aplicarse también respecto de los hijos nacidos bajo la ley anterior. En Italia se ha puesto término también á toda controversia con la disposición del art. 7° de la ley transitoria, la cual establece lo siguiente:

«Las disposiciones de los artículos 189, 190 y primera parte del 193 del nuevo Código (*las cuales regulan las indagaciones sobre la paternidad y sobre la maternidad*), no son aplicables á los hijos nacidos ó concebidos antes de su publicación: son (*por el contrario*) aplicables á los mismos las disposiciones de las leyes anteriores.»

De este modo se ha evitado toda controversia en Italia por la expresa disposición de dicha ley.

---

(1) Confr. MEYER, *Ques. trans.*, pág. 101.—SAVIGNY. Tomo 8, *Tratado del Derecho romano.*—DEMOLOMBE, *Droit civile*, núm. 442.—THEODOSIADES, *Essai sur la non retroactivité*, pág. 78.

(2) MERLIN, *Quest. de droit*, V. Legitimité.—DALLOTS, *Rep. lois*, núm. 231.

(3) Véase MEYER en la cita anterior.

La prohibición de las indagaciones sobre la paternidad sancionada en el art. 189 y la restricción acerca de las investigaciones sobre la maternidad establecida en el art. 190, no alcanzan á los hijos nacidos ó concebidos antes de la publicación del Código civil, puesto que la ley transitoria ha reservado á los mismos el derecho de invocar la ley anterior para hacer declarar judicialmente la paternidad de su genitor.

En su virtud, los hijos nacidos en las provincias de Italia, regidas por la legislación austriaca ó por la pontificia, antes de la promulgación del Código civil en las mismas, pueden entablar la investigación sobre su paternidad y suministrar la prueba de la misma con arreglo á las leyes vigentes en el momento de su concepción ó de su nacimiento.

122. ¿Mas qué solución debe adoptarse para resolver la cuestión propuesta en el caso de que nada hubiera dispuesto la ley positiva sobre el particular? ¿Cómo debe interpretarse la reserva sancionada por expresa disposición respecto de los hijos nacidos bajo la ley anterior? ¿Debe considerarse inspirada dicha reserva en los principios de equidad y establecida por el respeto debido á los derechos adquiridos?

Esta reserva es de suma importancia para poder apreciar exactamente el concepto de las disposiciones expresas de la ley, con objeto de poder decidir si deben interpretarse con restricción como disposiciones excepcionales que por razones de equidad derogan el derecho común, ó si deben interpretarse extensamente considerándolas como una sanción de derechos precedentemente adquiridos.

Tal discusión se ha suscitado en Italia, á pesar de la expresa disposición del citado art. 7°, y los Tribunales han adoptado fallos diversos, habiendo considerado algunos los preceptos de la ley transitoria como superfluos en cierto modo é impuestos por el respeto debido á los derechos adquiridos (1); y otros,

---

(1) El Tribunal de Milán en su sentencia de 10 de Diciembre de 1875 en el pleito *Oneró Giacinto*, dice: «que el contenido del art. 7°, *disposiciones tran-*

por el contrario, han sostenido que el derecho de dar la prueba de la paternidad con arreglo á la ley anterior, es un derecho excepcional que se funda sólo en la disposición de la ley transitoria, de modo que faltando dicha disposición debería considerarse negado ó prohibido todo derecho de investigación sobre el particular á partir de la promulgación del nuevo Código civil, y que en todo caso es de interpretación restringida la facultad concedida por la ley para la investigación de la paternidad.

Es indudable que la resolución de toda la dificultad depende de que se estime ó no como un derecho perfecto y adquirido con el hecho del nacimiento el derecho para la investigación de la paternidad. Admitiendo la afirmativa, se debe reconocer que la ley nueva (que como todas no se propone violar los derechos ya adquiridos anteriormente á su publicación) tiene que respetar el derecho de los hijos nacidos ó concebidos con anterioridad á suministrar la prueba de la paternidad.

---

sitorias, y el espíritu que le informa, demuestran hasta la evidencia que por un excesivo escrúpulo, y por lo tanto, para quitar toda duda posible en la materia, ya en cuanto al orden público, ya respecto del estado de las personas, ha querido el legislador dejar consignado y declarado expresamente que las nuevas leyes sobre la admisión de la prueba en cuanto á la filiación ilegítima, no surten efecto en perjuicio de los hijos nacidos ó concebidos antes de la promulgación del Código civil, á los cuales les serán permitidas sin restricción alguna las investigaciones sobre la paternidad y la maternidad; y por lo demás, que bastaban los principios sobre la retroactividad de las leyes para que no fueran perjudicados estos derechos adquiridos que se querían reservar. (*Monitor de los Tribunales*, 1876, p. 470.)

El Tribunal de Módena sostiene la misma teoría, y partiendo de los mismos principios, dice: «que habiendo prohibido el Código civil, promulgado en 1° de Febrero de 1851, en su art. 398, las indagaciones sobre la paternidad exceptuando, sin embargo, á los hijos nacidos bajo la ley precedente que admitía tal investigación, no puede deducirse de ello que con tal disposición pretendiese privar á los hijos naturales, nacidos con anterioridad, del derecho de promover la acción concedida por la legislación anterior para investigar su paternidad.» (Sentencia de 12 de Enero de 1880. De la casación, C. Santi, *Monitor de los Tribunales*, 1880, p. 490.)

123. Esta cuestión fué ampliamente discutida ante el Tribunal de Casación de Turín, á propósito de un hijo natural, nacido bajo el imperio de las constituciones del ex Ducado de Módena de 1771, las cuales permitían las indagaciones sobre la paternidad. Dicho hijo había suministrado la prueba de su paternidad después de la publicación del Código civil promulgado el 1º de Febrero de 1852, que prohibió dichas investigaciones y no estableció nada en las disposiciones transitorias respecto de los hijos nacidos antes de su promulgación. El Tribunal de Casación citado, confirmando la sentencia del de apelación, decidió que el derecho de suministrar la prueba de la paternidad debe considerarse como un derecho adquirido, el cual no puede ser modificado ó quitado por la ley nueva sin que sea infringido ó violado el principio de la irretroactividad de las leyes.

Con el solo hecho del nacimiento, dice el Tribunal Supremo citado, surge en el hijo el derecho á ser alimentado y educado por su engendrador, y este derecho, que no es solamente natural sino un verdadero derecho civil reconocido, confirmado y protegido por todas las legislaciones, entra desde luego á formar parte de su patrimonio.

Ahora bien, si el hijo tiene el incontestable derecho de ser alimentado y de que sean provistas sus necesidades por el padre, debe también tener los medios para obligar á cumplir ese deber á la persona que resulte ser su engendrador, y puesto que estos medios consisten precisamente en la investigación y prueba de la paternidad, sin lo cual resultaría completamente ineficaz aquel derecho, por ello debe reconocerse á su favor el derecho de promover la acción judicial para la declaración de la paternidad, viniendo así á adquirirse dicho derecho y á ser éste perfecto por el hecho del nacimiento en unión con el derecho que al hijo corresponde para obtener de su padre los alimentos y la necesaria asistencia en las necesidades de la vida y de confundirse y formar un todo con el mismo.

Por otra parte, si las indagaciones sobre la paternidad no

fuesen un derecho sino una simple facultad ó mera concesión, revocable por las leyes posteriores, podría fácilmente suceder tener que rechazar la acción propuesta por quien se encontrara en la imposibilidad absoluta de demandar, ya por razón de la ley antigua, ya por incapacidad personal ó por no ser conocida la persona del genitor, lo cual repugna á las reglas de la equidad (1).

124. Después de lo dicho, y partiendo de las consideraciones expuestas, entendemos, por nuestra parte, que no es aceptable la teoría de los que consideran como un derecho adquirido por el hecho del nacimiento, el de investigar la paternidad, y sostenemos, por el contrario, que la prohibición sancionada por la ley nueva quita el derecho á suministrar la prueba de la misma aun á los hijos nacidos bajo la legislación anterior si no les reservaren expresamente ese derecho las disposiciones de la ley transitoria.

Conviene, ante todo, hacer constar que las razones que pueden justificar la prohibición sobre las indagaciones de la paternidad están fundadas en un alto interés social, cual es el de evitar el escándalo y el desorden ó desconcierto moral en la familia, que son la consecuencia inevitable de los procedimientos seguidos para probar la paternidad, así como la suma dificultad de la prueba de la concepción.

Esto sentado, es indudable que cuando tales razones de interés social y de pública moralidad prevalecen sobre otras de no menos valor para prohibir tales investigaciones, á pesar de estar relacionadas éstas con la necesidad de que cada cual cumpla los deberes naturales para con la prole, no pueden menos de considerarse aquéllas bastante eficaces por su propio valor para surtir tal efecto, ya se trate de un hijo nacido antes, como del que hubiere nacido después de la publicación de la ley que prohiba dichas investigaciones. Por lo tanto, el legis-

---

(1) Véase Tribunal de Casación de Turín.—Sentencia de 20 de Julio de 1881, en el pleito del Conservatorio de sordomudos establecido en Módena. (*Monitor de los Tribunales*, 1881, p. 991.)

lador puede, sin cometer una injusticia manifiesta, negar por completo el ejercicio de dicha acción.

Comprendo que con tal prescripción resultarían perjudicados los intereses de aquellos que teniendo derecho para ejercitar la acción judicial según la legislación bajo cuyo imperio fueron concebidos ó nacidos, no la hubieren utilizado mientras estaba en vigor dicha ley, pero esto no sería más que la consecuencia natural del principio supremo de que los intereses privados deben estar sometidos á los intereses generales, lo cual justifica en ciertos casos también la expropiación de los derechos privados por razones de pública utilidad.

Del mismo modo que la ley nueva que deroga la rigorista reivindicación del derecho romano, alcanza también á las propiedades adquiridas bajo el dominio de las leyes anteriores que permitían tal reivindicación, igualmente debe suceder así con todas las demás leyes que deroguen una acción judicial como institución jurídica.

Sin una expresa reserva en contrario, que según los casos puede ser motivada por razones de equidad, la prohibición absoluta de ejercitar una acción judicial hace imposible el ejercicio de la misma y de cualesquiera derechos que de ella provengan.

No queremos contradecir con esto la doctrina sentada por el Tribunal de Casación de Turín en la sentencia citada anteriormente de 20 de Julio de 1881, que establece que con el hecho del nacimiento surgen en el hijo el derecho de ser alimentado y educado por la persona que le engendró, que esto no es solamente un derecho natural sino un verdadero derecho civil en cuanto que es reconocido por la ley civil, y que cuando para obligar al padre á cumplir su deber concede la ley á los hijos la indagación y la prueba de su genitor, en tal caso se adquiere por el hecho del nacimiento el derecho de promover la acción judicial y se confunde formando un solo todo con el derecho perteneciente al hijo de obtener de la persona que le engendrara los alimentos y la subsistencia.

Admitimos también, como ya dijimos antes, que este derecho no se pierde como tal por consecuencia de una ley prohibitiva ó derogatoria (1). Esto no obstante, como el ejercicio de la acción no viene á constituir un derecho perfecto más que cuando fuere ejercitada ya, resulta evidentemente que siempre que en el momento en que intente ponerse en ejercicio esté en vigor una ley que derogue absolutamente dicha acción, tal precepto impediría utilizar la acción misma en virtud de una ley anterior.

Nuestra opinión, pues, se halla fundada en el principio general de que cuando la ley prohibe absolutamente el ejercicio de una acción judicial y deroga la acción misma como institución jurídica, la prohibición debe ser considerada como precepto imperativo también para el ejercicio de la acción proveniente de los derechos adquiridos estando vigente la ley anterior.

Lo que ha hecho incurrir en error á los que sostienen opiniones contrarias á las nuestras, consiste en haber querido ver en la cuestión, no el ejercicio de una acción judicial, sino un derecho de prueba, y partiendo del principio de que la prueba de un hecho del cual se deriven derechos y obligaciones debe ser suministrada con arreglo á la ley vigente en el momento en que tal hecho se realizara, han establecido que el derecho citado de suministrar la prueba de la paternidad no puede ser quitado por una ley posterior. Nosotros, por el contrario, consideramos la cuestión bajo el punto de vista de la acción. Una vez admitida la acción reconocemos que debe regirse por la ley anterior el derecho de servirse de unos ó de otros medios de prueba si hubiere nacido la prole bajo el imperio de dicha ley; pero en cuanto á la admisibilidad ó no de la acción, sostenemos que debe estarse á lo que disponga la ley nueva, y que la autoridad de ésta es absoluta.

Se debe también admitir, que si hubiese sido iniciada ya la acción judicial para la investigación de la paternidad median-

(1) Véase la cita anterior, §§ 28 y 40.

te la oportuna demanda, no podría ser quitado después por una ley posterior este derecho por haber llegado á ser perfecto á consecuencia del ejercicio del mismo en la forma correspondiente. Por lo tanto, la ley que prohibiese las indagaciones de la paternidad, no alcanzaría á comprender en sus preceptos los procedimientos en curso ya, comenzados con arreglo á la ley anterior, los cuales deben ser continuados en conformidad á dicha ley.

El derecho de suministrar la justificación de la paternidad en la forma establecida por la ley anterior, debe, pues, ser admitido cuando la diferencia entre la ley antigua y la nueva consiste solamente en los medios de prueba fijados por una y otra.

Esto tiene aplicación, por ejemplo, en las investigaciones sobre la maternidad admitidas por la ley antigua y por la nueva, pero que responden en una y otra á principios diversos en cuanto á los medios de prueba. En su virtud, á los hijos nacidos estando vigente la ley anterior, no puede negárseles el derecho de suministrar la justificación de su maternidad por todos los medios de prueba reconocidos en la ley bajo cuyo imperio nacieron ó fueron concebidos, á pesar de que una disposición legal posterior modificase dichos medios de prueba. Y la ley nueva, que no deroga la acción sino el ejercicio de la misma en la forma establecida anteriormente y el sistema de la prueba, no será aplicable al pasado, ó sea á los hijos nacidos ó concebidos con anterioridad á su publicación, porque es también un derecho adquirido el de servirse de ciertos medios determinados de prueba según la ley vigente cuando se creó ese derecho.

Haciendo aplicación de estos principios, podemos decir, por vía de ejemplo, que las disposiciones contenidas en el Código civil italiano relativas á las indagaciones sobre la maternidad, no pueden quitar á los hijos nacidos ó concebidos antes de la promulgación de dicho Código el derecho de suministrar la prueba de la maternidad según la ley anterior, prescindién-

dose para ello de cualesquiera disposiciones en contrario de la ley transitoria. De aquí, que aun cuando el nuevo Código civil no admita la prueba de testigos respecto á la madre sino en el caso de existir además un principio de prueba por escrito, pueden, sin embargo, los hijos nacidos ó concebidos bajo la ley anterior hacer dicha justificación por testigos ó por otros medios, aunque no exista un principio de prueba escrita si así estuviese admitido en la ley vigente en la época de su nacimiento.

125. De los principios expuestos hasta aquí se debe deducir, que cuando esté derogado por la ley transitoria el derecho de investigar la paternidad, dicha derogación, como derecho excepcional, debe interpretarse restringidamente y en los estrechos límites fijados por el mismo legislador.

Por lo tanto, si éste hubiese reservado la acción á los hijos nacidos ó concebidos bajo la ley anterior, solamente éstos podrían aprovecharse de la concesión y no un tercero que quisiese entablar la indagación en perjuicio de dichos hijos con el fin de demostrar, por ejemplo, la incapacidad del mismo por razón de su origen para gozar de ciertos derechos.

Supongamos que la ley vigente prohiba la adopción del hijo natural y que un tercero, con el propósito de hacer declarar nula la adopción que hubiere sido hecha ya en estas condiciones, quisiera que se le admitiese la información correspondiente para probar que el adoptado era hijo natural del adoptante. En este supuesto debería ser rechazada la demanda como infundada en derecho, aunque para sostenerla invocase el actor la ley anterior, bajo cuyo dominio hubiere nacido ó sido concebido el hijo natural adoptado, que concedía á las terceras personas dicha acción, ó la reserva de la misma sancionada en la ley transitoria respecto de los hijos nacidos bajo dicha legislación, porque las disposiciones de la ley transitoria citada sólo reservaron tal acción en favor de los hijos, y éstos únicamente y no otras personas son los que pueden aprovecharse de dicha concesión. Respecto á tercero regiría la prohibición absoluta

y general sancionada por la ley transitoria, y ésta sería un obstáculo insuperable para toda investigación entablada que no estuviese comprendida en el caso de la reserva consignada en dicha ley.

Lo mismo debería decirse si un tercero quisiera llevar á efecto la investigación de la paternidad de una persona cualquiera para probar que la misma tenía la condición de hijo adulterino con el objeto de hacer declarar la incapacidad del mismo para recibir por testamento la herencia de su padre en conformidad á la ley nueva. También en este caso regiría la regla general según la que para la admisibilidad ó inadmisibilidad de la acción deducida por terceros debe aplicarse la ley vigente; y si ésta no consiente á los mismos entablar la indagación sobre la paternidad ni por vía de excepción ni por vía de acción, esta prohibición alcanzaría también á las acciones que los mismos intentasen entablar respecto de los hijos nacidos bajo el imperio de las leyes anteriores que disponían lo contrario.

126. De los mismos principios se puede también deducir que si el hijo hubiese nacido mientras estaba en vigor una ley que permitiera la indagación sobre la paternidad y la ley intermedia ó transitoria hubiese negado toda acción para dichas indagaciones sin establecer reserva alguna, habiendo después reservado la ley nueva el derecho de la investigación á los hijos nacidos mientras estuvieron vigentes las leyes anteriores que permitían tal investigación, no podía ser negado en esta hipótesis á dichos hijos el derecho de justificar su paternidad ateniéndose á la ley bajo cuyo imperio nacieron ó fueron concebidos sin consideración alguna á la ley intermedia y sin que pudiera ser obstáculo para ello el que ésta no hubiese establecido reserva alguna á favor de los mismos.

La razón es siempre la misma, la de que para decidir de la admisibilidad ó inadmisibilidad de la acción, hay que estar á lo que disponga la ley que esté en vigor en el momento en que quiera ejercitarse. Si dicha ley admite la acción, lo relativo al derecho de suministrar la justificación por unos ó por

otros medios de prueba depende de la ley bajo cuyo imperio hubieren tenido principio las relaciones de paternidad y filiación, y debe, por lo tanto, resolverse la cuestión por las disposiciones de la misma, siendo evidente que ni sobre lo uno ni sobre lo otro puede ejercer influencia alguna la ley intermedia (1).

127. Una duda puede suscitarse acerca del derecho de entablar la investigación citada, en el caso de haber sido procreado el hijo en un país donde estuviere en vigor la ley que no permitiese la indagación de la paternidad y naciese en un país donde la ley vigente lo permitiera, como sucedería, por ejemplo, si el hijo hubiese sido procreado en una de las provincias romanas ya anexionadas á Italia y en la cual estuviese en vigor el Código civil italiano y naciera en una de las provincias sujetas al Papa.

En tal hipótesis, opinamos que la demanda para suministrar la prueba de la paternidad no podría ser acogida. La relación entre el hijo y el padre natural se establece, en efecto, por el hecho de la procreación y debe ser regido para todos sus efectos por la ley á la cual estuviere sujeto el padre. Esto depende primeramente de que el hijo sigue la condición del padre, y después, porque debiéndose ejercitar la acción contra el mismo, debe decidirse, según la ley del país de aquel contra el cual debe ser dirigida la indagación, tanto el derecho perteneciente al hijo de hacer declarar, mediante la prueba suministrada, que tales personas determinadas son sus padres, como lo relativo á la admisión de dicha acción (2).

128. En el supuesto de que la ley transitoria se refiera á la ley anterior para regular la acción de investigación de la paternidad, es claro que la misma ley debería ser aplicada pa-

---

(1) Confr. Tribunal de Módena, 10 Septiembre 1879. (*Diario de los Tribunales*, 1879, p. 974.)

(2) Confr. Tribunal de Turín, 29 Octubre de 1878. Fallardi, c., Famagalli, Bettini, 1879, p. 127.

ra regular la excepción opuesta á ella. Así, por ejemplo, para decidir acerca del valor de la *esceptio plurium concubentium*, deducida contra una demanda de paternidad, para resolver si en el caso de haber sido entablada la demanda después de la muerte del padre puede bastar que se emplace sólo al heredero universal ó si debe citarse además también á los legitimarios, así como para decidir sobre las consecuencias de tal omisión, etc., etc., debe estarse á lo que disponga la ley anterior con arreglo á la cual fuere ejercitada la acción.

129. No sólo debe ser apreciado conforme á dicha ley el derecho de suministrar la prueba adquirido en virtud de la ley anterior, sino que también debe ser regido por la misma el derecho de utilizar ciertos medios de prueba para tal objeto. Por lo tanto, si la ley anterior, en virtud de la cual fuese entablado el juicio de reconocimiento de la paternidad natural, concedía la prueba mediante juramento decisorio deferido al autor del embarazo sobre el extremo del comercio carnal habido entre los procreadores del hijo, ó si autorizara el acudir á la declaración de la madre, en cuanto á tal hecho, no podrían ser excluídos esos medios de prueba (1). En este caso puede invocarse oportunamente la teoría del derecho adquirido, puesto que es conforme á la razón y á los principios del derecho que la prueba de un hecho del cual se deriven derechos y obligaciones sea regida por la ley bajo cuyo imperio se realizare tal hecho.

130. Pasemos ahora á examinar los efectos que pueden derivarse de la declaración de paternidad, y de los derechos y deberes entre el hijo natural y el padre, declarado tal por sentencia del Tribunal.

En cuanto á la condición jurídica del hijo concebido ó na-

---

(1) Confr. Cass. de Turín, 8 Mayo 1875, Alberti c. Ferrini. *Monitor*, 1875, p. 783, y 20 Diciembre 1878, Attendolo-Bolognini c. Brambilla. *Monitor*, 1879, p. 133. Cass. de Florencia, 26 Octubre 1880, Sbrana c. Sbrana Foro. *Monitor*, 1880, t. I, p. 1094.

cido estando vigente las leyes anteriores, y que sea admitido en virtud de la disposición de la ley transitoria á hacer declarar judicialmente la paternidad de su genitor natural, la cuestión grave que se presenta es la de si la relación entre la prole y el genitor natural declarado por sentencia, se debe considerar como eficaz para atribuir al hijo el estado verdadero y propio de hijo natural, ó si se debe considerar como idóneo solamente para probar el comercio carnal con objeto de obtener la reparación de un daño bajo la base de una simple presunción de paternidad.

Esta cuestión es verdaderamente grave, porque si bien están sujetos á las disposiciones de la ley nueva los efectos civiles de un estado personal, aunque hubiere sido adquirido según las leyes anteriores, para decidir si aquéllos respecto de los cuales fué declarada por sentencia la paternidad de su genitor natural con arreglo á las leyes anteriores pueden ó no aprovecharse de las disposiciones del Código civil, que atribuye mayores derechos á los hijos naturales, la resolución que se adopte tiene que depender del concepto que se tenga de si basta la declaración judicial de la paternidad para fijar el estado civil de filiación respecto del que hubiere obtenido dicha declaración, ó si establece únicamente una relación jurídica productora de ciertos efectos civiles aunque no de aquellos que dan origen al estado civil de filiación natural.

131. En Italia se suscitó tal controversia á propósito de las declaraciones de paternidad judicialmente pronunciadas con arreglo á las disposiciones del § 163 del Código civil austriaco, que puede ser invocado, según la ley transitoria, por aquel que hubiese nacido en alguna de las provincias sujetas al Austria antes de que se promulgase en ellas el Código civil italiano en la actualidad vigente.

Y se ha discutido largamente si la declaración judicial de paternidad debía por sí misma considerarse eficaz para atribuir á la prole el estado civil de filiación natural, de tal modo, que debiera considerarse á dichos hijos al igual de los naturales re-

conocidos ó declarados tales con arreglo al Código vigente y con facultad de gozar de los mismos derechos.

Es evidente que la cuestión no podía ser resuelta de otro modo, y con referencia á la ley austriaca, esa dificultad era tanto mayor cuanto que los mismos intérpretes del Código austriaco no están de acuerdo en la resolución acerca de la condición del hijo natural declarado tal por sentencia judicial.

Lo que nos parece indudable es, que estando subordinado el goce de los derechos dependientes del estado personal al hecho de estar la persona en posesión legal del estado al cual son atribuídos dichos derechos, y hallándose equiparada por la ley en cuanto á esto la paternidad declarada mediante sentencia á la que tiene por origen el reconocimiento espontáneo de parte del padre, debe, en su virtud, atribuirse al hijo natural declarado como tal por sentencia judicial, los mismos derechos que al reconocido por su padre, y puesto que estos derechos están regidos por la ley nueva, debe el hijo natural judicialmente declarado gozar tales derechos según el Código nuevo, aunque fuesen éstos mucho mayores que los atribuídos al mismo por la ley en cuya virtud fuese admitido á justificar su paternidad.

No entra verdaderamente en el terreno del derecho transitorio el examinar en particular si la declaración judicial de paternidad con arreglo al § 163 del Código austriaco atribuye ó no al hijo el estado civil de hijo natural, pero como cuando se discutió la cuestión ante nuestros Tribunales fué examinada á fondo para decidir si los hijos naturales declarados tales según el Código austriaco podían gozar los mayores derechos atribuídos á ellos por el Código italiano, ó sólo aquellos más limitados fijados en la primera de dichas legislaciones, por las declaraciones hechas con tal motivo por dichos Tribunales podemos reasumir los términos de la controversia.

132. El Tribunal de Casación de Turín, llamado á decidir dicha contienda, consideró en su sentencia de 17 de Agosto de 1881, que ninguno de los atributos del verdadero y propio es-

tado civil de filiación es concedido por la ley austriaca al que obtiene la declaración de paternidad en conformidad al artículo 163, pues éstos no pueden pretender el nombre de la familia del padre, ni participar de la condición civil de él, ni gozar, generalmente, los derechos de familia ó de consanguinidad, ni tienen ningún derecho en la sucesión intestada ni aun respecto del presunto genitor; y á su vez al padre natural, así declarado, no le es atribuído ningún derecho de la patria potestad, ni aun el de tutela, sino solamente los que son precisos para el fin de la educación que por aquella ley le es impuesto como deber, mientras que estos otros derechos tendrían que serle reconocidos, como consecuencias de las relaciones de familia si dicha ley atribuyese el estado civil de filiación al hijo natural declarado como tal con arreglo á la misma.

En confirmación de este aserto, aduce el Tribunal citado que la misma ley austriaca contiene preceptos muy distintos á los citados cuando se trata de la madre, atribuyendo en este caso al hijo natural el derecho de usar el nombre de la familia de su madre y concediéndole los derechos de sucesión intestada respecto del patrimonio de la misma, precisamente porque siendo confirmable la maternidad siempre, la ley, en atención á esto, ha reconocido á favor del hijo el estado de filiación civil en cuanto á ella.

Observó, por otra parte, el citado Tribunal, que en el caso á que se refiere el § 163 no se habla de declaración de paternidad sino de simple presunción, la cual se basa sobre un conjunto de circunstancias fundadas principalmente sobre el comercio carnal habido con la mujer en aquel espacio de tiempo dentro del cual se presume por la ley haber tenido lugar la concepción, ó sobre la simple presunción ó sospecha de que aquel contra el cual hubiera sido probado este hecho pudiese haber engendrado la prole, presunción ó sospecha que no puede ser bastante para establecer la paternidad sobre ella ni el estado civil por lo tanto, sino únicamente para imponer, á lo sumo, al presunto padre la obligación de mantener, educar y

colocar al hijo para que á éste no le falten los medios de subsistir ni caiga sobre la caridad pública la carga de proveerle de dichos medios.

Y dedujo de ello que por tales razones no sirven para resolver esta cuestión del estado personal las indagaciones entabladas en conformidad al § 163 de la ley austriaca, sino solamente puede utilizarse su resultado para establecer la existencia de ciertas relaciones personales relacionadas con la filiación para fundar sobre ellas una simple obligación alimenticia, sin que por ello se atribuya al hijo un verdadero estado civil de filiación respecto de su presunto padre natural.

133. No se puede desconocer la gravedad de los argumentos expuestos. No obstante, existen otras razones no menos importantes para llegar á conclusiones distintas.

Se puede observar, ante todo, que la diversidad de disposiciones en cuanto á este particular entre el Código austriaco y el italiano no es una razón tan decisiva que por ella haya de resolverse necesariamente que la paternidad declarada con arreglo al § 163 del Código austriaco no es una causa verdadera y propia de la paternidad que dé origen al estado de padre natural en cuanto á la prole, de la cual estuviese convenido el padre mediante las pruebas suministradas. Esta divergencia entre estas disposiciones de dichos Códigos puede ser, como lo es de hecho, la consecuencia del diverso sistema sancionado en una y otra de dichas legislaciones para proteger los derechos de la familia legítima.

La ley austriaca, en efecto, inspirada en los principios feudales declara que son exclusivos del descendiente legítimo ciertos derechos, tanto que excluye de su goce hasta á los hijos asimilados á los legítimos que son los que tiene en cuenta la parte 1ª del § 160, y á los hijos legitimados por subsiguiente matrimonio, de los cuales se ocupa el § 161.

Por las mismas razones que el legislador cierra absolutamente las puertas de la familia á la prole ilegítima y no le concede más que el derecho de exigir de la persona que la

engendró los necesarios alimentos, la educación y la colocación en proporción á sus medios de fortuna, es justa la disposición del § 166.

El Código civil italiano, por el contrario, ha determinado los derechos de la prole nacida fuera del matrimonio con un criterio más justo é inspirándose en los principios de la moral y de la filosofía del Derecho; ha mejorado en mucho la suerte del hijo natural con relación á su padre, concediéndole el derecho de usar el nombre de la familia del mismo y de obtener una parte en la sucesión intestada y estableciendo también á su favor un derecho de reserva en la sucesión testamentaria de su padre.

Importa hacer constar, que tanto el Código austriaco como el italiano hacen depender el goce de los derechos atribuídos por ellos á la prole ilegítima de la relación de parentesco natural, ó sea del estado de paternidad, cuyo estado puede ser establecido de dos maneras: ó mediante el reconocimiento, ó por virtud de sentencia del Tribunal. La diferencia sustancial está solamente en que, mientras que el Código austriaco admite que la paternidad puede establecerse mediante la prueba en todo caso, el Código italiano, para amparar la tranquilidad de las familias y la reputación de los ciudadanos, no admite que la paternidad pueda declararse por virtud de sentencia más que en el solo caso de estupro y de rapto con las circunstancias exigidas en el art. 189. Esta diferencia, por otra parte, produce una divergencia sustancial entre los sistemas adoptados por dichos Códigos en cuanto atañe á las indagaciones para establecer la paternidad, pero no en lo relativo á *la naturaleza de las relaciones* y á las condiciones de la prole con relación á su padre, puesto que tanto en el sistema del uno como en el del otro, está equiparada la condición jurídica del hijo natural reconocido y del declarado por sentencia judicial, en cuanto á los derechos que el hijo ilegítimo puede ostentar respecto de su padre en uno y otro caso, los cuales son precisamente los mismos porque son efecto ó consecuencia de la re-

lación de paternidad. Por esto es por lo que el legislador italiano dispone en el art. 192, que la sentencia que declara la filiación natural produce los efectos del reconocimiento.

Si la diferente consideración que merece el hijo natural á uno y otro de dichos Códigos fuese razón bastante para deducir que en el sistema austriaco no puede estimarse el estado civil de hijo natural como derecho adquirido, esta misma razón debería valer también respecto del hijo natural reconocido con sujeción al § 164. El legislador austriaco se ocupa en tal artículo del caso del reconocimiento resultante del hecho de haber consentido el padre la inscripción de su nombre seguido del de la madre en los libros de nacimientos del Registro, y como niega también dicha ley en esta hipótesis al hijo natural reconocido por el padre los derechos que son atribuídos al hijo natural por el Código italiano, sería menester convenir en que tampoco adquiriría el hijo el estado de filiación natural en el caso de estar hecho el reconocimiento con arreglo al § 164.

Esta conclusión nos llevaría á la de que, á pesar de que *hace plena prueba de la paternidad* según dispone la misma ley, el reconocimiento hecho con arreglo al § 164, no podría sin embargo bastar á establecer el estado de padre natural con relación á la prole, lo cual sería absurdo é injusto puesto que en la hipótesis que examinamos resultaría por un acto auténtico haberse declarado éste como tal padre.

No sirve alegar en contrario que la ley austriaca habla en el § 163 de presunciones de paternidad ni la consideración de que siendo la relación de paternidad una consecuencia del hecho de la generación, el cual escapa á toda prueba positiva, no puede menos de recurrirse en suma á las presunciones para establecer tal hecho, pues á todo esto se puede replicar que el legislador austriaco emplea los mismos términos al definir la paternidad legítima en el § 138, y que la ley italiana admite también el estado de paternidad natural fundado en la presunción en los casos de rapto ó de estupro, toda vez que atribuye el estado de hijo natural al nacido cuando corresponde al tiem-

po en que debe suponerse que tuvo lugar la concepción el del rapto ó el del estupro.

Pero no debe desconocerse la notable diferencia que existe entre una presunción y la otra, toda vez que respecto de la paternidad legítima se funda la presunción, no solamente sobre las relaciones de hecho entre los cónyuges, sino sobre aquellas relaciones civiles que se derivan del matrimonio reconocido por la ley, las cuales hacen nacer una cuasi certeza legal absoluta, y que en el caso de rapto, si no es tan cierta la prueba es menos difícil, mientras que en el caso á que se refiere el § 163, se presume la paternidad por el hecho sólo de haberse justificado haber tenido comercio carnal con la madre de la prole ilegítima dentro del período en que según la ley puede reputarse que tuviera lugar la concepción, cuyo hecho no puede ser base segura de presunción ni menos compararse con las en que se apoyan las anteriores.

No es, pues, bastante por sí el comercio carnal para establecer el estado de paternidad, sino el hecho de la generación resultante de un conjunto de pruebas suficientes á fundar sobre ella la presunción indicada. Esta presunción es por constante jurisprudencia de las llamadas *juris tantum* (1), y cuando sea posible prueba en contrario constituirá certeza legal.

Esto sentado, conviene hacer constar que si la declaración de paternidad con arreglo al § 163 del Código austriaco, está fundada en la presunción legal de la paternidad natural, es porque la paternidad así declarada equivale á la legalmente cierta, lo que significa que según dicho Código no existe diferencia alguna entre aquel que fuese declarado padre natural en virtud de la presunción legal y el que lo fuera mediante propio reconocimiento. Por lo tanto, la declaración de paternidad con arreglo al § 163 del Código austriaco, equivale, como hemos dicho antes, al reconocimiento, no existiendo otro

(1) Conf. Winiwarter. *Comentarios al Código civil austriaco*, traducida por Callegiari, vol. I, pág. 476.

reconocimiento en dicha legislación más que el forzoso hecho por el Tribunal, y de aquí que tanto en uno como en otro caso deba tenerse por establecido el estado de padre natural respecto de aquella determinada persona que en su consecuencia adquiere el estado civil de hijo natural.

El argumento aducido en contrario de que la paternidad no puede decirse establecida más que por la declaración de la misma ni puede ser impugnada por la excepción *plurium concubentium*, no prueba nada en contra de la opinión sostenida, porque no es el fundamento del derecho del hijo el hecho del comercio carnal habido entre el padre presunto y la madre sino el de la concepción, y por esto, cuando está convicto de ser el autor de la concepción el que tuvo el comercio carnal con la madre, no puede eludir la relación de paternidad por medio de la excepción *cum pluribus congressus*; porque una vez probada la paternidad no se puede sin contradicción considerar á otro como el padre de la prole ilegítima, del mismo modo que el marido no puede declinar la paternidad de los hijos nacidos durante el matrimonio, alegando solamente la infidelidad de la mujer.

Esto confirma lo que ya tenemos dicho, á saber: que las relaciones objeto de la declaración de paternidad hecha con arreglo al § 163, son las de la consanguinidad legalmente confirmada.

CAPÍTULO V

De la autoridad de la ley nueva en cuanto á los derechos y deberes nacidos de las relaciones y del estado de familia.

---

134. Se determina el objeto de este capítulo.—135. Regla general respecto de los derechos que se derivan de las relaciones de familia.—136. Los derechos que deben su origen á las relaciones jurídicas del estado no se confunden con el estado mismo.—137. La ley que regula los derechos nacidos de las relaciones jurídicas del estado no es retroactiva.

134. No nos proponemos tratar eneste capítulo de todos los derechos que pueden nacer de las relaciones de familia. De estos derechos, algunos tienen por objeto los bienes y constituyen lo que se llama derechos patrimoniales, los cuales son regulados por las convenciones matrimoniales ó por la ley, bajo cuyo imperio se hubiese celebrado el matrimonio, la que debe presumirse aceptada por los cónyuges á no mediar pacto expreso en contrario en dichas convenciones. Estos derechos, lo mismo que todos los demás que tienen por origen la convención, son regidos por los principios que expondremos después al ocuparnos de los contratos. Otros de los derechos nacidos de las relaciones de familia dependen de la apertura de la sucesión, y de ellos hablaremos en su lugar, limitándonos por ahora solamente al examen de los que son consecuencia del estado de familia y que por su naturaleza se refieren á las relaciones puramente personales.

Estos producen también ciertos efectos sobre el patrimonio, pero son bien distintos de los derechos patrimoniales propia-

mente dichos en cuanto son efecto de las relaciones personales entre los miembros de familia. Tales son, por ejemplo, el derecho de potestad marital, el de patria potestad y otros.

135. Toda ley, al determinar el estado y la condición jurídica de cada miembro de la familia, atribuye del mismo modo á cada uno de ellos la capacidad plena ó menos plena, y á la vez confiere á los unos ciertos poderes ó facultades sobre los otros, y ciertos derechos en cuanto á la administración de los bienes pertenecientes á estos últimos.

Hemos dicho ya que el estado de las personas puede ser un derecho adquirido, pero que no sucede lo mismo respecto de los derechos que son consecuencia del estado personal. Por eso, en cuanto á éstos, y excepción hecha de los derechos perfectos adquiridos inmediatamente con el estado mismo, debe establecerse como regla la autoridad absoluta de la ley nueva y admitirse como principio general que, á falta de una disposición en contrario, los efectos civiles del estado de familia que provengan de las relaciones personales entre los miembros de la misma, y los derechos y deberes que de dicho estado se derivan han de quedar sujetos siempre á las modificaciones que en cualquier sentido se hagan por las leyes posteriores, aun cuando hubiese sido adquirido bajo el imperio de leyes anteriores el estado personal á que se refieren.

La razón de la regla citada se encuentra en el principio expuesto antes de ahora de qué realmente no constituye un derecho adquirido lo relativo á la capacidad para obrar y á la facultad para ejercitar los derechos en los límites de la capacidad misma, concedida por la ley, por lo que ninguno puede pretender que continúe el estado de cosas anterior, respecto del mismo, como si fuese un derecho adquirido.

Esto debe decirse, por ejemplo, del derecho perteneciente al marido como jefe de la familia para obrar en ésta ó en otra forma respecto de la mujer ó de los hijos, ó para ejercitar éstos ó los otros poderes respecto de la primera ó de los segundos. Esos y otros semejantes no pueden ser considerados como de-

rechos *individualizados* y perfectos mas que cuando son ejercitados en la ocasión en que deben ejercitarse con arreglo á la ley entonces vigente; y por lo tanto, el ejercicio de tales derechos en lo sucesivo tiene que quedar sujeto al imperio de la ley nueva desde el momento en que empiece á regir, porque todas las leyes regulan para el porvenir los derechos que están por adquirir.

136. Estimo oportuno hacer notar aquí, que dándose comunmente á los derechos y deberes personales que nacen de las relaciones del estado personal la denominación de relaciones de dicho estado sin haber distinguido bien una cosa de la otra, esto ha dado origen á confusiones y equivocaciones en la materia que examinamos, á consecuencia de las que se ha llegado á creer, por lo general, que tienen fuerza retroactiva las leyes que regulan el estado civil de las personas, lo cual no es exacto, según hemos demostrado en el capítulo precedente.

137. De ningún modo puede en rigor decirse que sea retroactiva la ley nueva respecto de los derechos y deberes que nacen de las relaciones del Estado. Por el contrario, ella respeta el ejercicio de tales derechos, hecho ya con anterioridad, ó que se tenga derecho á hacer para en adelante según la ley anterior, y aun en aquellos casos en que pueden considerarse como derechos perfectos adquiridos con el estado mismo con arreglo á dicha ley los derechos nacidos de las relaciones del estado personal, la ley nueva no los sujeta á las modificaciones introducidas por la misma.

Así sucede, por ejemplo, con el derecho que la mujer tiene para llevar el apellido del marido, el derecho á los alimentos que á la mujer corresponde respecto de su esposo y viceversa. Estos derechos concedidos por la ley, bajo cuyo imperio fué celebrado el matrimonio, al que adquiría el estado de cónyuge con relación á su consorte, son derechos perfectos tan pronto como el matrimonio queda legalmente terminado, y no pueden ser quitados por una ley posterior. Supongamos, pues, que la ley nueva exime al marido de la obligación de prestar alimen-

tos á la mujer legalmente separada del mismo: esta ley no destruiría ni mermaría en lo más mínimo el derecho perteneciente á la mujer de ser alimentada por su marido, aunque estuviese separada de él, si la ley á que se ajustó su matrimonio establecía á su favor el derecho de ser alimentada por su esposo hasta la disolución del vínculo conyugal.

Las consideraciones que preceden confirman aun más la opinión sostenida por nosotros de que, á no mediar expresa disposición en contrario, no debe jamás admitirse que tenga efecto retroactivo la ley nueva, si bien debe sujetar á su imperio todos los actos jurídicos de que dependa la adquisición de los derechos, sin atentar por eso en lo más mínimo los derechos ya adquiridos y las consecuencias de los mismos.

§ I

Derechos personales de los cónyuges.

138. Ley que regula los derechos que nacen del estado de cónyuge.—139. Derechos á los alimentos entre los cónyuges y respecto de los parientes.—140. Derecho á consentir ó no en la adopción.—141. Ejercicio de la potestad marital.—142. Autorización marital.—143. Liberalidad.—144. Separación personal.—145. Divorcio.

138. Los derechos personales que nacen del estado conyugal se rigen por la ley bajo cuyo imperio fué celebrado el matrimonio, siempre que puedan ser considerados como derechos perfectos y adquiridos con el estado mismo; pero si dependen del ejercicio del poder ó de la autoridad atribuída por la ley al marido como jefe de la familia y del deber impuesto á la mujer para obrar de uno ú otro modo, entonces serán regidos por las leyes que estén en vigor en el momento en que tales derechos deban ejercitarse.

Los derechos que están en el primero de dichos casos, son aquellos que las leyes conceden á los cónyuges por su cualidad de tales y que se adquieren con el matrimonio. Estos derechos, por lo mismo que solamente nacen de la ley con arreglo á la que fuere celebrado el matrimonio y no deben su origen á ninguna otra causa, tienen que ser considerados como derechos perfectos en cuanto que son inmediatamente adquiridos con el estado conyugal.

Tales son, por ejemplo, el derecho de asistencia, el de llevar el apellido, el de vivir en común, el de alimentos perteneciente á cada uno de los cónyuges respecto de su consorte, y otros semejantes.

139. En cuanto al de los alimentos, es menester advertir que sólo puede considerarse como derecho perfecto respecto de los cónyuges entre sí, pero no con relación á los parientes. La razón de esta diferencia estriba en que solamente en cuanto á los cónyuges puede considerarse comprendida la obligación mutua de alimento en el derecho de asistencia, que es uno de los derechos esenciales del estado conyugal y de la comunidad de vida á que los mismos se someten.

Por lo que hace á los otros parientes, tal derecho es uno de los efectos civiles del parentesco y depende del modo como entienda la ley los deberes que impone el parentesco natural, por lo que no pudiendo considerarse como un efecto sustancial del estado personal, y por lo tanto como un derecho perfecto y adquirido con el estado mismo, puede ser quitado ó modificado por la ley nueva. De aquí, que si la nueva ley aboliese la obligación de prestarse alimentos los parientes entre sí dentro de cierto grado, sería aplicable también su precepto á aquellos que antes tuvieran derecho á reclamar alimentos de dichos parientes según la legislación anterior; así como si, por el contrario, impusiera la ley nueva á los parientes de dentro de cierto grado el deber de prestarse alimentos, vendrían obligados á ello sin poder alegar el derecho adquirido de no prestarlos. La razón de esto es la misma de siempre; esto es, que los efec-

tos civiles del parentesco son regidos por la ley vigente en el momento en que dichos efectos deben desenvolverse ó manifestarse.

140. En cuanto al derecho perteneciente á uno de los cónyuges para consentir ó no en la adopción, si la ley, bajo cuyo imperio quedó terminado el matrimonio, declarase necesario el consentimiento del cónyuge del adoptante ó del adoptado para dar lugar á la adopción, tal derecho debería considerarse también como perfecto y adquirido con el estado legal de cónyuge, y del mismo modo que los otros enumerados anteriormente no podría ser quitado por una ley posterior.

Si, por el contrario, no fuese necesario para la adopción, según dicha ley, el consentimiento del cónyuge y la posterior lo declarase necesario, el precepto de la ley nueva debería sin embargo aplicarse aun á aquellos que con anterioridad á la misma hubieran contraído matrimonio, porqué la falta de una disposición legal no puede ser jamás el fundamento de un derecho adquirido, y es dado á la ley nueva conceder á las personas mayores derechos que las leyes anteriores.

141. Respecto á los medios de que puede disponer el marido para obligar á la mujer á que viva en su compañía, así como todo lo que dependa del modo de ejercitar la potestad marital, se debe aplicar la ley que estuviere vigente cuando se quiera ejercer dicha potestad.

142. Lo mismo debe decirse de la necesidad de la autorización marital para que la mujer pueda válidamente obligarse. Esto no podría jamás ser considerado como un derecho perfecto de parte del marido porque depende de las condiciones de capacidad de la mujer, y de su mayor ó menor sumisión al marido, el cual no podría nunca pretender que fuese para él un derecho adquirido la continuación del estado de cosas anterior. Es, por lo tanto, natural que deba aplicarse la ley vigente en el momento en que la mujer se obligue para decidir sobre su capacidad para obligarse válidamente.

De lo expuesto resulta: que para las obligaciones contraídas

antes de haber empezado á regir la ley nueva, deberá aplicarse la anterior; y para los contratos que celebrare después de su promulgación, habrá que estar á las disposiciones de dicha ley para resolver si era ó no necesario el consentimiento del marido para obligarse la mujer, ó para comparecer en juicio, ó para hacer válidamente cualquiera otro acto jurídico.

Esta regla rige también en el caso de que la ley nueva restringiera el número de los casos en que la mujer tiene necesidad de la autorización marital ó aboliese del todo dicha autorización. Sin reparar en si la ley nueva mejora ó empeora la condición de la mujer casada, deberá ser ésta aplicada desde el día de su promulgación, como cualquiera otra ley que regule la capacidad legal de las personas.

Cuando hubieren comenzado bajo el imperio de la ley anterior los actos respecto de los cuales exija la nueva ley la autorización marital y no hubieren quedado plenamente terminados antes de haber empezado á regir ésta, será también necesaria esa autorización, según las prescripciones de la misma, para que puedan ser válidamente perfeccionados dichos actos. La ley nueva se apodera siempre de todos los actos respecto de los cuales no se hubiere creado un derecho perfecto, y los sujeta á su imperio.

Haciéndose aplicación de estos principios cuando fué publicado el Código civil italiano, que obliga á la mujer que quiere comparecer en juicio á ser autorizada por su marido en ciertos casos fijados por la misma ley, se estableció que dicha autorización era necesaria aun para los litigios empezados bajo el imperio de la ley austriaca que no exigía tal autorización. Así lo resolvieron, entre otros, los tribunales de Milán y Brescia (1).

143. Tampoco se puede considerar como un derecho perfec-

---

(1) Milán 15 Septiembre 1868.—Mantelli contra del Aiqua. *Monitore dei Trib.*, 1868, pág. 982.

Corte de Brescia 1.º Enero 1871.—Noli-Baglioni e Martinengo. *Monitore dei Trib.*, 1871, pág. 509.

to para los cónyuges y adquirido como tal según la ley bajo cuyo imperio hubiere sido celebrado el matrimonio, la facultad de hacerse recíprocamente estas ciertas liberalidades durante el matrimonio, pues es lo cierto que debe estimarse como una mera facultad, y por lo tanto, habrá de aplicarse para cada caso la ley que estuviere vigente en la ocasión en que hubiese quedado terminado el acto de liberalidad citado.

144. Para los efectos de la separación personal y del divorcio debemos advertir, que los derechos establecidos en el contrato matrimonial para el caso de separación, han de ser respetados al igual de todos los derechos que tienen por origen la convención, y lo mismo debe decirse de los derechos perfectos adquiridos en el estado conyugal con arreglo á la ley á que se hubiere ajustado el matrimonio: como es el derecho adquirido por un cónyuge de ser alimentado por el otro en caso de necesidad, aun cuando hubiese sido decretada la separación personal. Este derecho adquirido según la ley bajo cuyo imperio fué hecho el matrimonio, no puede perderse con la publicación de la ley nueva, vigente la cual hubiere sido decretada la separación, aunque ésta disponga otra cosa completamente contraria. Para los otros derechos y efectos de la separación debe aplicarse la ley que estuviere vigente cuando fuere decretada dicha separación; por lo que, si dicha ley declarase á la mujer legalmente separada de su esposo persona *sui juris* y con la plena capacidad para ejecutar actos jurídicos válidos sin necesidad de la autorización del marido ni del tribunal, adquiriría, en virtud de la misma, la personalidad jurídica más completa y no podría perderla ya aunque alguna otra ley posterior limitase dicha capacidad (1). Si, por el contrario, la ley nueva suprimiese algunas de las limitaciones impuestas, en cuanto á la capacidad para obligarse, por la que estuviere en vigor en la época en que fué declarada la separación, podría, sin embargo, la mujer que estuviere ya separada de su esposo, aprovechar los bene-

(1) Véase lo expuesto antes en el § 76.

ficios concedidos por la ley posterior por las razones expuestas anteriormente (1).

145. Uno de los derechos que podrían ser concedidos á los cónyuges separados según la ley vigente á la fecha de la separación del matrimonio, es, por ejemplo, el de convertir dicha separación en divorcio después de un lapso determinado de tiempo, y no cabe la menor duda de que en tal caso adquirirían ese derecho, aunque dispusiera lo contrario la ley con arreglo á la que se hubiese celebrado el matrimonio. Igualmente y del mismo modo que los que se hubieren separado con posterioridad á ella, podrían aprovecharse de la innovación introducida por la nueva ley, siempre que ésta estuviese en vigor después de haber sido acordada su separación personal (2).

Por los mismos principios deben resolverse las cuestiones relativas á los efectos del divorcio. Estos efectos son regulados en general por la ley vigente en el momento en que fuere pronunciado el divorcio, y en su virtud, cuando los cónyuges divorciados ya, ejercitando los derechos concedidos por dicha ley, hubieren ejecutado ciertos actos jurídicos completos y perfectos dependientes de las facultades atribuídas por la misma, habrán de ser éstos respetados y reconocidos como válidos aunque la ley posterior hubiese modificado los derechos de los cónyuges que se hallasen en dicho estado.

Por el contrario, los derechos que éstos podían ejercitar con arreglo á la ley antigua y que no hubieren sido, sin embargo, ejercitados aún, deberán sujetarse al imperio de la nueva disposición que modificase las prescripciones anteriores sobre este particular.

Lo mismo debe decirse de los derechos eventuales nuevos concedidos á los divorciados por la nueva ley. Se puede, por lo tanto, establecer como regla en este punto, que cuando la ley

(1) Véase lo dicho en la nota anterior.

(2) Llamamos nuevamente la atención sobre las razones expuestas en el § 37, Confr. § 102 y siguientes.

nueva modifique los derechos y los deberes personales de los cónyuges divorciados, podrán éstos aprovecharse de sus disposiciones, según el principio general de que los efectos civiles de un estado personal, aunque hubiere sido adquirido tal estado bajo el imperio de leyes anteriores, están siempre sujetos á las modificaciones que en cualquier sentido introduzcan las que en adelante se dictaren. Así sucedería en el caso en que la ley vigente cuando fuere decretado el divorcio sancionase la prohibición establecida respecto de la adúltera para unirse en matrimonio con su cómplice en adulterio, y la nueva derogase tal prohibición, ó si aquella ley impidiera á los cónyuges divorciados reunirse en matrimonio, y ésta aboliese dicha prohibición, etc., etc. En todos estos casos serían aplicadas las nuevas disposiciones aun á los cónyuges divorciados antes de su promulgación con arreglo á prescripciones distintas, porque ellos no podrían alegar en su favor ningún derecho adquirido.

Entiéndase bien, sin embargo, que el derecho de volver á contraer nuevo matrimonio que hubiere sido adquirido por los cónyuges divorciados, no puede ser mermado en lo más mínimo por cualquiera ley posterior á la separación de los mismos que aboliere el divorcio, ó que restableciendo el antiguo derecho prohibiera á los cónyuges que volvieran á casarse durante la vida de su consorte. Dicha ley no sería aplicable ni aun siquiera á aquellos que hubiesen celebrado su matrimonio con sujeción á leyes que contuviesen una disposición semejante, pero que fueren divorciados estando ya en vigor la nueva ley que admitiera el divorcio. La razón de ello está en que el matrimonio fué legalmente disuelto mientras estaba en vigor la ley favorable al divorcio con arreglo á la que había de cesar el estado conyugal concediendo á los cónyuges el estado libre.

Resulta, pues, con toda evidencia, que el estado de libre, así como todos los demás derechos personales, debe ser respetado siempre que haya sido legalmente adquirido según la le-

gislación que estuviere vigente en el momento de decretarse el divorcio (1).

§ II.

De los derechos que nacen del estado de hijo y de padre.

146. Derechos que nacen de la filiación.—147. Ejercicio de la patria potestad. —148. Adquisición y cesación de la patria potestad.—149. Consecuencias de la emancipación.—150. Patria potestad concedida á la madre.—151. Organización de la familia.—152. Usufructo legal.—153. Ley que modifique la duración del usufructo.—154. Derechos que nacen de la filiación natural.

146. Los principios expuestos en el párrafo precedente tienen también aplicación respecto de los derechos personales que nacen de la relación existente entre los padres y la prole.

El derecho perteneciente á los hijos de ser mantenidos y educados por sus padres, y el deber recíproco ó correlativo que los mismos tienen de respetar á éstos y de alimentarlos en caso de necesidad y de reconocer su poder y su autoridad con todas las facultades que les son concedidas por las leyes, constituyen derechos perfectos que están verdaderamente fundados en la ley natural misma siendo aceptados por todas las legislaciones civiles, y, por lo tanto, se adquieren inmediatamente con el estado de hijo y de padre como efectos esenciales del estado mismo.

No podría ni aun en hipótesis suponerse que una ley posterior desconociese ó vulnerase estos derechos, pero si, aunque no es posible imaginar siquiera tal cosa, así sucediese; si, por ejemplo, la ley nueva eximiera á los hijos del deber de prestar

---

(1) Véase para los efectos de la ley que introdujere ó aboliere el divorcio: MERLÍN. *Effet retroattif,* sect 3, art, 14. *Quest de droit,* V. *Divorce,* § 12, artículo 1.°—DALLOZ, rep. V. *Lois,* núm. 221.—LAURENT, *Droit civil,* v. 1, § 180-81. —THEODOSIATES, *Essai sur la non retroactivité,* p. 66.—KALINDERO, *De la non retro,* p. 55.—MAILHER DE CHASSAT, *Traité de la retroactivité,* vol. 1, p. 229.—GABBA, *Della retroattività,* vol. 2, p. 162.—PINTO, *Supplement al* MEYER, p. 142.—SAVIGNY, *Traité du Droit rom.,* VIII, § 399.—PACIFICI MAZZONI, vol. 1, § 42.

alimentos á sus padres, semejante ley no surtiría efecto alguno respecto de aquellos á quienes la legislación anterior impusiera dicha obligación. Solamente podría ser modificado por una ley posterior el derecho que á los hijos corresponde de ser alimentados por sus parientes, porque este derecho no es un efecto sustancial del estado de hijo sino del parentesco, como hemos dicho ya antes de ahora (1).

147. No sucede lo mismo en cuanto al ejercicio de los derechos pertenecientes al hijo y al padre, y del poder y autoridad concedida al uno respecto del otro. La ley nueva puede modificar el ejercicio de la patria potestad, y por lo tanto modificar también los derechos que competen al padre, el cual no podría en dicho caso alegar en su favor en este punto ningún derecho adquirido, ni menos pretender que tenga para él tal carácter la continuación del estado de cosas establecido por la ley anterior.

Puede, pues, regir sobre este particular la regla de que el ejercicio de la patria potestad y todos aquellos derechos que competen al padre por consecuencia del ejercicio de dicha potestad, están bajo el imperio de la ley que estuviere vigente cuando la patria potestad fuese ejercitada.

Esta regla, no sólo se aplica á los medios de que puede disponerse por quien ejercita la patria potestad para corregir los extravíos del hijo y someterlo á la obediencia, sino que se extiende también á todo cuanto concierne á la organización ó régimen de la patria y de los efectos civiles que de ellas se derivan.

Todas las nuevas disposiciones relativas á la materia introducidas por el nuevo Código, ya en cuanto á la administración de los bienes pertenecientes á los hijos sometidos á la patria potestad, ya en cuanto á la Autoridad competente para resolver las controversias que puedan suscitarse con ocasión de la administración misma, ya en cuanto á la representación de los

(1) Véase § 138.

hijos menores de edad, ó las obligaciones impuestas á quien ejercite la patria potestad, sujetan á sus preceptos imperativos aun á aquellos respecto de los cuales hubiere sido constituída, bajo el imperio de las leyes anteriores, la patria potestad ó la tutela legal.

Por consecuencia de lo expuesto, si la nueva disposición obligase á aquellos que administran los bienes de los hijos que tienen bajo su patria potestad, á someterse á nuevas formalidades para la legalidad de la administración de dichos bienes, habrían de ser aplicados sus preceptos también para las administraciones que hubieren comenzado estando en vigor la ley vigente.

Tomemos por ejemplo la legislación italiana. El nuevo Código civil dispone (art. 257) con relación á la madre que quiera contraer segundas nupcias, y que tenga la administración de los bienes de los hijos del primer matrimonio, que el consejo de familia debe deliberar si ha de ser conservada por ella ó no dicha administración.

Con razón se ha dudado si esta disposición del Código civil debiera ser aplicada también á la viuda que hubiese contraído segundo matrimonio con anterioridad á la promulgación de dicho Código y bajo el imperio de la legislación austriaca, que no obligaba á convocar el consejo de familia por ser autorizada á continuar en la misma administración. Dicha duda se suscitó entre nuestros Tribunales, pero la opinión que en ellos prevaleció y que debe considerarse como la mejor fundada en derecho, es la de que la disposición del art. 237 citado es aplicable también á la madre que hubiere pasado á segundas nupcias antes de la promulgación del nuevo Código civil y que quiera continuar en la misma administración bajo el imperio de la ley nueva (1).

---

(1) Véase Tribunal de Luca, 26 de Agosto de 1870. Zancheri contra Buoni. *Monitore,* 1871, pág. 717.

Tribunal de Brescia, 8 de Febrero de 1875.—Redolfi. *Monitori dei Tribunali,* 1875, pág. 441.

Los actos comenzados bajo el imperio de las leyes anteriores, y que aún durase después de haber comenzado á regir la nueva ley, no pueden sustraerse á los preceptos imperativos de la misma. Por lo que, la viuda que no puede administrar legalmente sin ser autorizada (en el caso de segundo matrimonio) y que hubiese continuado administrando sin ese requisito, sería responsable por haber conservado indebidamente dicha administración, y á la par que ella sería responsable también el marido de los actos de administración que la misma hubiese ejecutado después de haber comenzado á regir la ley nueva.

La razón fundamental de estas reglas se encuentra en los principios generales sentados anteriormente, según los que la ley sujeta á su imperio el ejercicio de la patria potestad á partir desde el momento en que la misma comienza á regir, sin que por esto tenga efecto retroactivo dicha ley.

El régimen relativo á los efectos de un estado personal establecido por la legislación anterior, debe ser por completo respetado por el legislador en cuanto al pasado, ó sea respecto de los actos ejecutados con anterioridad á la publicación de la nueva ley, pero esto no obsta á que se introduzcan en él para en adelante las modificaciones que tuviere por conveniente, porque los particulares no pueden pretender que sea considerado, *uti singuli*, como un derecho adquirido el que sea conservado en *estatu quo* el régimen ordenado para cada una de las instituciones. Y si bien es cierto que los intereses individuales no deben ser lesionados, esta consideración no es bastante á impedir que se aporten á dichas instituciones todas las innovaciones reclamadas por los intereses generales y por la pública utilidad.

Es, pues, evidente que la administración de los bienes del menor que hubiere tenido principio antes de la promulgación de la nueva ley, debe también quedar sujeta á las disposiciones de dicha ley si continuase y subsistiese después de haber comenzado á regir, del mismo modo que lo estaría la adminis-

tración que hubiere empezado después de dicha promulgación.

148. Haciendo aplicación de los principios expuestos á la patria potestad, resulta que para la adquisición de la misma se debe aplicar la ley vigente en el momento en que tuvieren lugar los actos de que dicha potestad traiga origen. Así, por ejemplo, si según dicha ley se adquiriese por la adopción ó por el reconocimiento del hijo natural, deberá considerarse adquirida la patria potestad ejecutado que fuere cualquiera de estos actos, aunque alguna ley posterior á su realización dispusiera otra cosa. Por el contrario, respecto de la pérdida de dicha potestad, cuando la ley hace depender de un hecho dicha pérdida, es necesario aplicar, no ya la ley bajo la que fué adquirida, sino la que estuviere vigente cuando fué ejecutado el hecho que diere origen á su pérdida. Del mismo modo sería aplicable la nueva ley si el hecho que según ella motivare la pérdida de la patria potestad hubiere comenzado antes de la publicación de la misma, pero hubiere continuado y subsistido después de haber empezado á regir dicha ley.

Esto mismo debe decirse en el caso de que la ley nueva sancionase la cesación de la patria potestad por consecuencia de la emancipación. Dicha disposición debería ser aplicada también para estimar terminada la patria potestad respecto de aquellos que hubieran sido emancipados con anterioridad á la promulgación de la misma.

149. Una aplicación de esta regla tuvo lugar cuando fué publicado el Código civil albertino que modificó, como es sabido, la legislación anterior en lo relativo á la duración y cesación de la patria potestad. En efecto: según el derecho común antes vigente, era potestativo á aquel que tenía bajo su potestad al hijo y al nieto el emancipar al primero y retener bajo dicha potestad al segundo (1), y el Código albertino, por

---

(1) § 7 *Ist. quib. modis jus patriæ potest. solvitur* (1, 12).

el contrario, modificando el rigorismo del primitivo derecho, sancionó el principio más científico de que el abuelo no puede ejercer la patria potestad sobre sus nietos mas que en el caso de que el padre de éstos estuviese á su vez sometido á su potestad y que hubiese muerto sin llegar á ser emancipado (artículo 238).

Por virtud de esta disposición, debiendo considerarse extinguida por consecuencia de la emancipación del padre la patria potestad que el abuelo tenía sobre sus nietos, cesó también dicha potestad, desde el instante mismo en que fué promulgado el referido Código, respecto de aquellos nietos cuyos padres estaban ya emancipados con anterioridad á dicha ley. La razón de ello es siempre la misma, á saber: que el abuelo que había emancipado á su hijo conservando la patria potestad sobre los nietos con arreglo á las disposiciones de la legislación anterior, no tenía adquirido ningún derecho á que no pudiese ser modificado ó cambiado el régimen legal establecido por las leyes anteriores en cuanto á la constitución civil de la familia y á la organización de la patria potestad. Además, haciendo depender la nueva ley la cesación de la patria potestad que el abuelo tenía sobre sus nietos del hecho de la emancipación de los padres de éstos, debía sujetar también á sus preceptos las emancipaciones anteriores, porque siendo dicha emancipación un hecho subsistente después de haber empezado á estar en vigor la ley citada tenía que caer bajo sus disposiciones.

150. Por la misma razón, cuando la ley nueva, en consideración á la condición jurídica en que se encuentran ciertas personas, concede á éstas la patria potestad que no tenían con arreglo á la legislación anterior, debe aplicarse inmediatamente dicha ley á todas las personas que se encontraren á la fecha de su promulgación en aquellas condiciones tenidas en consideración por la misma para la concesión de dicha potestad. En su virtud, la disposición del Código civil italiano que ha concedido la patria potestad á la madre viuda debe ser aplicada

desde luego y á partir de su publicación, como lo ha sido ya (1), á todas las madres viudas con anterioridad á la misma, las cuales, según la legislación entonces vigente, ejercían la tutela sobre sus hijos.

La madre investida legalmente del ejercicio de la patria potestad puede ejecutar sin más requisitos todos los derechos inherentes á la misma con arreglo á las disposiciones del nuevo Código. Por lo tanto, no tiene ya necesidad de ninguna autorización para representar en juicio á sus hijos menores de edad ni para ejecutar todos los actos de administración sobre sus bienes. Los actos ejecutados por ella en su cualidad de administradora de los bienes de sus hijos antes y después de la publicación del Código civil, serán regulados por las leyes anteriores los que hubieren quedado plenamente terminados antes de dicha publicación y por el nuevo Código los que hubieren sido concluídos después de estar en vigor (2).

Por virtud de este mismo principio, se ha estimado con razón que las disposiciones hechas por el padre, en conformidad con la legislación anterior, dando tutores á sus hijos han quedado también sin efecto al sobrevenir la nueva ley, como todo lo concerniente á la simple administración, puesto que el Código civil concede la patria potestad á la viuda, y que igualmente desde su promulgación ha cesado el cargo de tutores nombrados en su testamento por el padre difunto (3). El Tribunal de Turín ha entendido también que la madre que rigiendo la legislación precedente hubiere sido privada de la tutela por mala admi-

---

(1) Confr. art. 9 disposiciones transitorias, y Casación de Florencia 2 de Marzo de 1869 (Torinelli-Santini. *Annali di Giur.*, III, 2, 66.)

(2) Confr. Venecia 3 de Agosto 1875 (Bidini), ley XVI, 1.242.—Trib. com. de Bolonia, 9 Octubre 1873, *Riv. bolognese* 1.265, Luca 23 Agosto 1870 (Tassi), *Ann. di Giur.* IV, 2.506.—Turín 18 Noviembre 1866 (Hughes), *Giurisp. tor.* V, 46.—Casale 23 Marzo 1866. *Giurisp tor.*, V, 385.

(3) Cass. de Turín 4 Marzo 1871 (Vernizzi) *Giur. tor.*, VIII, 366. Tribunal de Módena 28 Mayo 1873 (Bertini) *Monitore Mil.*, XIV, 1183. Tribunal de Módena 28 Diciembre 1886 (Canolli) *Annali*, 1, 2, 81.

nistración podía demandar que á ella volviese la administración en virtud de la patria potestad concedida á la misma por la nueva ley y hacer cesar en cuanto á los extraños la cualidad de tutor de su propio hijo legalmente conferida, según la antigua ley, resolviendo que semejante reclamación debía ser fallada por el Tribunal (1).

151. La organización de la familia se rige por la ley vigente, y por eso todas las que conceden, quitan ó modifican los poderes pertenecientes al padre sobre sus hijos y los derechos eventuales que de ellos se derivan, así como las que modifican la capacidad civil de los hijos sometidos á la potestad paterna ó á la tutelar, deben ser inmediatamente aplicadas, á partir de su publicación, á todas las personas aun á aquellas cuyos derechos y relaciones jurídicas se rigieran antes por disposiciones legales que estableciesen lo contrario. Como tenemos dicho ya con repetición, no puede constituir para los unos ni para los otros un derecho adquirido la continuación del estado anterior de cosas en cuanto á lo organización ó régimen de las familias, y en su virtud, sin ser por ello retroactiva, la ley nueva sujeta á su autoridad en adelante tales relaciones jurídicas.

152. Haciendo aplicación de esta regla al usufructo legal concedido al que ejerce la patria potestad, resulta que siendo éste un derecho eventual tiene que quedar sujeto á las modificaciones establecidas por la ley que se hallare vigente en el momento en que la patria potestad fuere ejercitada. De aquí que si la ley nueva concediese á los padres el usufructo sobre los bienes del hijo, ellos adquirirán ese derecho á contar del día de la promulgación de dicha ley; y, por el contrario, si ésta suprimiese por completo el usufructo legal establecido en favor del padre ó de la madre ó restringiese sólo su duración, deberá cesar, ó ser reducido á los términos de la nueva ley, dicho usufructo, aun respecto de aquellos padres que hubiesen obtenido ese derecho con anterioridad en virtud de disposiciones legales

(1) Turín 9 Julio 1867 (Drappero) *Giur. tor.*, IV, 524.

distintas, á menos que por razones de equidad no hubiese dispuesto expresamente lo contrario el legislador. Esto se funda en que el usufructo es un beneficio concedido por la ley á los que ejercen la patria potestad, y no un derecho accesorio y sustancial inherente á la patria potestad misma, por lo que no puede ser considerado como un derecho perfecto y adquirido con la patria potestad, según la ley vigente, en el momento en que la misma fuere constituída. Los beneficios legales dependientes del ejercicio sucesivo de un derecho pueden sólo ser considerados como adquiridos para el pasado, no para el porvenir, ó para un período de tiempo más ó menos distante de aquel en que fueron ejercitados los derechos á que los mismos se refieren (1).

La ley transitoria italiana ha tratado de conciliar los principios rigoristas del derecho con los de la equidad. Con este objeto, el art. 10 de dicha ley, á la vez que establece el principio de que debe ser regulado por el nuevo Código el usufructo legal perteneciente á los padres sobre los bienes de sus hijos no emancipados, dispone, sin embargo, que los padres á quienes según las leyes anteriores correspondía dicho usufructo aun después de haber llegado á la mayor edad sus hijos ó de haber sido emancipados podrían continuar disfrutando ese derecho siempre que el tiempo de su disfrute no se extendiese por más de un año desde la promulgación del nuevo Código.

153. Una dificultad podría suscitarse en cuanto á la ley que modificase la duración del usufructo en el caso de que dicha duración, según la ley nueva, fuese más larga que con arreglo á la anterior, como, por ejemplo, si dispusiese que la duración

---

(1) Cuando se publicó el Código albertino, el padre que tenía ya el usufructo por virtud de la patria potestad siguió gozando de él por toda su vida bajo la observancia del mismo Código, pero esto fué porque así expresamente lo ordenó el legislador en el art. 5.º de la ley transitoria de 6 de Diciembre de 1837. Véanse á este propósito los motivos del Código civil sardo, vol. II, pág. 759, y la exposición de la Comisión para el Código civil italiano, páginas 652-657.

del usufructo legal debiera prorrogarse hasta la mayor edad, mientras que la ley precedente la hacía cesar á los dieciocho años.

Dicha dificultad no ofrecería duda alguna en cuanto á la prolongación del usufructo legal paterno respecto de aquellos que todavía no hubiesen llegado á la edad de dieciocho años al empezar á regir la nueva ley, porque las consideraciones antes expuestas servirían para resolverla en el sentido que debe serlo; pero respecto de aquellos que hubiesen llegado á dicha edad, extinguiéndose, por lo tanto, en virtud de la legislación anterior, el usufructo legal del padre antes de que la nueva ley fuese promulgada, ¿debería ser restablecido dicho usufructo?

El legislador italiano resolvió la duda con la disposición del art. 11 de la ley transitoria, que dispone lo siguiente: «Si conforme á las leyes anteriores hubiere cesado el usufructo por la edad de 18 años del hijo sin que éste haya sido legal ó voluntariamente emancipado, los padres lo readquirirán con la promulgación del nuevo Código por el tiempo y según las reglas establecidas por el mismo.»

Cuando no existiese, como en este caso existe, disposición expresa de la ley, y hubiera de estarse por este motivo á los principios generales del derecho, nos parece que habiendo cesado el usufructo respecto de los bienes del hijo, y adquiriendo éste por virtud de ese hecho el derecho de plena propiedad sobre los bienes de su pertenencia, no se está en el caso de restablecer el usufructo para hacerle continuar durante el mayor período de tiempo sancionado por la nueva ley. La principal razón en que nos fundamos para sostener esta opinión, consiste en que no puede ser considerado el usufructo como inseparable de la patria potestad, ó como un efecto esencial de la misma. Pudiendo, por el contrario, subsistir la patria potestad sin el usufructo, no hay razón legal que exija su restablecimiento en favor del padre cuando ya hubiere cesado en virtud de la ley anterior, y debe ser respetado el derecho adquirido

con tal motivo por el hijo de disfrutar plenamente sus bienes y de que éstos cedan en su exclusivo provecho.

La ley transitoria sarda de 1837 aceptó este principio disponiendo su art. 6.º que si hubiese ya cesado el usufructo que sobre los bienes del hijo tenían el padre y la madre, no adquirirían éstos ningún derecho á continuar gozando de dicho usufructo por el mayor tiempo establecido en la nueva ley.

Los principios expuestos hasta aquí se aplican también á los derechos que nacen del estado de padre ó de hijo natural. Igualmente debe regir para ellos la regla general antes establecida, de que los efectos civiles de dicho estado, aun cuando hubieren sido adquiridos bajo el imperio de una legislación anterior, están sujetos á las modificaciones que introduzcan las leyes posteriores, salvo el respeto debido á los derechos adquiridos inmediatamente con el estado mismo (como son, por ejemplo, el de llevar el apellido del padre natural, el de obtener los alimentos y la educación).

Por lo tanto, cuando la ley nueva concediese á los hijos naturales mayores derechos, con relación á sus padres, que la legislación anterior, entendemos que dicha ley podría aprovechar también á los hijos nacidos bajo el imperio de leyes anteriores.

Dicho estado debe depender de la ley que estuviere en vigor cuando nacieron los hijos citados ó cuando fueron concebidos, pero los efectos que pueden derivarse de la relación personal del hijo natural con su padre tienen que regirse por la ley vigente en el momento en que son ejercitados los derechos que fueren consecuencia de ella.

Esta máxima, sancionada ya por diversas leyes transitorias (1), ha sido confirmada también en Italia por la jurisprudencia. Algunos tribunales habían entendido que debían aplicarse las leyes anteriores, no sólo para lo relativo á la prueba

(1) Véase la ley transitoria prusiana de 9 de Febrero de 1814, § 11. Ordenanza Annoverense de 1814. Ordenanza de Bronna de 1814.

del estado de hijos naturales nacidos ó concebidos bajo el imperio de las mismas, sino también para la determinación de los derechos pertenecientes á dichos hijos. Sin embargo, la opinión mejor fundada en derecho se ha pronunciado en el sentido de que las disposiciones de las leyes anteriores son aplicables solamente para el derecho de probar la paternidad, y para cuanto concierne á la acción concedida por las mismas á los hijos naturales para establecer y fijar su condición personal (1).

(1) Contr. Cass. de Florencia, 17 Mayo 1875 (Bevilacqua), *Annali di Giur.*, IX, 1, 296.—Cass. de Turín, 15 de Diciembre 1879 (Di Novaria), *Foro it.*, 1880, p. 73.—Cass. de Nápoles, 10 Julio 1882 (Ciccarelli), *Foro it.*, 1882, 1.784.—Cass. de Turín, 5 Febrero 1880 (Rabecchi), *Foro it.*, 1880, 1.828.—Tribunal de Milán, 14 Noviembre de 1867 (Vizmora), *Monit. Mil.*, X, 195.—Venecia 25 Marzo 1880 (Bettini), 1880, 373.—Perugia 31 Mayo 1880 (Sereni), *Foro it.*, 1880, 1.711.—Véanse también, respecto de esta importante cuestión, dos sentencias de la Suprema Corte de Justicia de Nápoles, una de 13 de Agosto de 1839, y la otra de 28 de Marzo de 1856, y la nota de Ferrucci á la sentencia de casación de Turín de 1879 ya citada.

CAPÍTULO VI

Autoridad de la ley en cuanto á las relaciones jurídicas que tienen por objeto las cosas.

---

155. Las cosas materiales, en cuanto pueden ser objeto de derechos pertenecientes á las personas, caen bajo el imperio de la ley, la cual define su condición jurídica y determina los derechos de que pueden ser objeto las mismas, fijando además la naturaleza y la extensión de tales derechos, la manera en que pueden ser adquiridos, cómo deben ser conservados y cuándo pueden ocurrir que sean perdidos.

Resulta, por lo tanto, de completa evidencia, que si todo en este punto depende del precepto imperativo de la ley, necesario es ante todo examinar, cuál sea la autoridad que tenga la ley antigua y cuál la de la ley nueva, en cuanto á las rela-

ciones jurídicas que tienen por objeto las cosas, y de esto es de lo que hemos de ocuparnos en el presente capítulo.

La transmisión ó transferencia de los derechos, mediante actos entre vivos ó *mortis causa*, debería también formar parte del presente estudio, pero de esto trataremos más adelante, cuando expongamos los principios relativos á la transmisión de los derechos sobre el patrimonio, y á la autoridad de la ley nueva respecto de este particular. El patrimonio, en efecto, comprende todos los bienes sin distinción, y por lo tanto, también las cosas materiales; y por esto, al exponer los principios que determinan la autoridad de la ley nueva en cuanto al derecho de disponer á título gratuito y de transmitir el patrimonio ó una parte de él, ó sea el derecho de *sucesión,* trataremos también de cuanto concierne á la transmisión de los derechos sobre las cosas materiales que son más parte del patrimonio.

156. En cuanto á la calidad jurídica de las cosas, aparece desde luego fuera de toda duda que, dependiendo de la ley el definir la condición de las cosas y su cualidad como objeto de derechos, deben ser aplicadas inmediatamente las que á esto proveen á todas las cosas existentes en el momento mismo de su promulgación. Ninguna de las cosas materiales puede, en efecto, ser objeto de un derecho, más que en conformidad á la ley vigente en la ocasión en que quiera adquirirse sobre ella dicho derecho; y sería verdaderamente extraño, que los individuos pudieran retener derecho alguno que limitase en lo más mínimo el poder exclusivo perteneciente al legislador de definir ó declarar la cualidad jurídica de las cosas. En este punto es completo el acuerdo en que están todos los jurisconsultos, y no es necesario, en su virtud, detenerse inútilmente en su demostración.

Esto no obstante, si estando vigente la ley anterior fuese individualmente adquirido un derecho real con arreglo á la condición jurídica de las cosas establecida por la misma llegando á constituir un derecho perfecto ya antes de la promulgación de la nueva ley, deberá ser respetado éste aunque di-

cha ley nueva no admitiese la posibilidad de adquirir semejantes derechos, siendo este el único caso que puede establecerse como excepción de la doctrina antes sentada. Aun cuando tal derecho no hubiese sido ejercitado todavía, no por eso debería dejar de ser respetado si fué debidamente adquirido, y no podría, en suma, ser impedido su ejercicio más que en el caso de existir disposición expresa de la ley en contrario, en cuyo caso, sin embargo, podría estar justificada la expropiación del derecho privado que sería consecuencia de ello, pero debería también admitirse la obligación de reparar en cuanto fuese posible, y según los principios de la equidad, el daño causado al que hubiere sido expropiado de dicho derecho.

157. De lo expuesto se deducen las dos reglas siguientes:

a) No puede adquirirse ningún derecho real sobre una cosa, si esto fuere incompatible con la condición jurídica de la misma, según el orden establecido por la ley vigente en el momento en que quiera adquirirse dicho derecho; y

b) Los derechos reales debida é individualmente adquiridos bajo el imperio de la ley antigua, deben ser reconocidos, no obstante ser imposible su adquisición según la ley nueva, y el ejercicio de dichos derechos no puede ser impedido, salvo el caso de expresa disposición en contrario, por parte del legislador.

La primera de las reglas citadas no admite excepción alguna, ni aun en el supuesto de que hubieren tenido principio, mientras estuviese en vigor la ley antigua, los actos en cuya virtud fuesen adquiridos tales derechos. Siempre que la adquisición no haya sido perfeccionada antes de empezar á regir la ley nueva, no existe posibilidad ni de adquirir ni de perfeccionar la adquisición de un derecho, más que en conformidad á lo que estableciere la legislación á la sazón vigente.

Esto puede decirse, por ejemplo, del derecho que corresponde al propietario de un fundo inferior para apropiarse los desagües del fundo superior ajeno y de impedir su desviación. En efecto, si esta servidumbre no pudiera considerarse adqui-

rida y perfeccionada ya según la ley anterior al tiempo de publicarse el Código civil italiano, debe ser regida exclusivamente por dicho Código, siendo á ella aplicables las disposiciones de los artículos 541, 637 y 655, aunque hubieren comenzado mientras estaba en vigor la legislación anterior los actos para su adquisición y aun cuando hubiere tenido principio bajo el imperio de dicha legislación el pleito entablado para su reconocimiento.

158. Haciendo aplicación de estos mismos principios, puede decirse también que toda ley nueva que declarase que ciertas cosas no podían ser susceptibles de apropiación privada, debería ser inmediatamente aplicada y convertiría dichas cosas en inapropiables, no obstante haber tenido principio los actos necesarios para adquirir el dominio de las mismas, bajo el imperio de una legislación anterior que no contuviese semejante prohibición; pero por lo que se refiere á la apropiación de dichas cosas, cuando ésta hubiera estado ya perfeccionada antes de la promulgación de la citada ley, debe respetarse según los principios generales el derecho adquirido por aquel que hubiese llegado á ser propietario de las mismas. Sin embargo, si para alcanzar los fines de la ley expresada dispusiese el legislador que debiera considerarse extinguida la apropiación privada, aun respecto de aquellos que con anterioridad hubieren llegado á ser propietarios, no por eso podría considerarse en absoluto injusta tal disposición, si bien exigiría la equidad que á dichos propietarios se concediese una proporcionada indemnización, por entrañar esto una verdadera expropiación por razones de utilidad pública.

Supongamos, por ejemplo, que por causa de pública necesidad, una ley prohibiese la venta para el extranjero de ciertas materias. En rigor, esta prohibición no alcanzaría más que á las ventas que hubieran de terminarse después de haber empezado á regir dicha ley, pero no á aquellas que estuvieren concluídas y perfeccionadas antes de su publicación aunque sin ejecutar todavía. Esto no obstante, para conseguir los fines

que el legislador se propusiere al establecer dicha prohibición, podría también impedir la ejecución de las ventas precedentemente concertadas, pero debería en este caso proveerse, en cuanto fuese posible, al equitativo resarcimiento de los daños ó perjuicios con este motivo causados.

159. Es, pues, evidente, que si la nueva ley declarase susceptibles de apropiación ciertas cosas que antes no lo eran, dicha ley ejercería inmediatamente su autoridad sobre todos aquellos que estuvieran en condiciones de aprovecharse de ella.

De estas consideraciones se deduce, que si una ley nueva dispusiese que los torrentes no pudieran en adelante estimarse como de razón pública, y quitase de tal modo á las aguas de los mismos el carácter de aguas públicas, dicha disposición produciría inmediatamente el efecto de conceder el dominio de dichas aguas á los ribereños como propiedad privada. En su virtud, ellos adquirirían desde luego el derecho de tomar las susodichas aguas, sin obligación de pagar canon alguno, y quedarían también libres del deber de satisfacer todo aquello que antes tenía que ser satisfecho al patrimonio real ó de la nación, por la concesión del derecho de derivar el agua obtenida por ellos, mientras regía la ley anterior que consideraba tales aguas como de dicho patrimonio.

La razón de esto se halla en que habiendo llegado á ser cosa puramente privada de los ribereños las aguas indicadas faltaría el título para cobrar dicho canon, y vendría así á extinguirse el derecho del expresado patrimonio para percibir una prestación en virtud de un título ya extinguido.

No podría aducirse en contrario la teoría del derecho engendrado por parte del Estado en virtud de un título que se hallaba fundado en la ley vigente cuando fué constituído dicho derecho, porque sólo tienen que ser respetados, según ya en otra ocasión hemos dicho, aquellos derechos individualmente adquiridos por los particulares, lo que no sucede respecto de un derecho de regalía, como el de que se trata, el cual

no puede ser ejercitado más que en conformidad á la ley que estuviese en vigor en el momento de su ejercicio, y debe necesariamente cesar cuando fuere incompatible con las nuevas disposiciones legales (1).

Es de advertir, sin embargo, que en virtud de dichas nuevas disposiciones solamente podría considerarse abolido el derecho perteneciente al Patrimonio fundado en su pretendido dominio señorial sobre las aguas, pero de ningún modo autorizarían á dejar por completo ineficaces ó para reducir á la nada los derechos adquiridos por terceras personas, á las cuales hubiese hecho el Gobierno alguna concesión mientras rigiera la ley anterior que declarase públicas las aguas torrenciales y atribuyese al Gobierno la facultad de hacer concesiones á los particulares para el aprovechamiento de las mismas en virtud de su dominio señorial.

Los derechos adquiridos individualmente por esas terceras personas por consecuencia de las soberanas concesiones indicadas deben ser respetados, á pesar de las disposiciones de la nueva ley, porque tienen que ser considerados, y lo son en efecto, derechos individuales legítimamente adquiridos.

De lo expuesto resulta que si una ley nueva excluyese de las aguas públicas las de los torrentes, los ribereños entrarían desde luego, en virtud de ella, en el pleno goce de las mismas por haber venido á pasar á la condición de propiedad privada, pero dicho goce sería sin perjuicio de los derechos adquiridos por terceras personas mediante concesiones debidamente he-

(1) Esta cuestión fué muy controvertida en el Piamonte. Allí eran públicas las aguas torrencialas, según las Reales constituciones. Vinieron después á sobreponerse á ellas las leyes francesas, y por lo tanto el Código de Napoleón que no comprendía entre las aguas públicas las de los torrentes, que en su consecuencia debían ser consideradas como propiedad privada de los ribereños. Y en vista de esto, se suscitó la cuestión de si debían ó no pagar las rentas pactadas en favor del Patrimonio por la derivación de dichas aguas. (Confr. Cass. francesa, 21 Febrero 1810. Sirey, tomo 10, P. 1, pág. 173.)

chas y que hubieren llegado á quedar perfeccionadas bajo el imperio de la legislación precedente (1).

160. La adquisición de un derecho real puede depender alguna vez de un hecho estimado por la ley ó de una relación jurídica puesta en ejercicio bajo el imperio de la ley. En uno y en otro caso la adquisición del derecho debe ser regida por las disposiciones de la ley vigente al tiempo en que fué ejecutado el hecho ó quedó perfeccionada la relación jurídica de que trae origen. Esto no obstante, tienen que sujetarse á las prescripciones de la ley nueva las condiciones del hecho puesto en ejercicio bajo el imperio de la legislación anterior, siempre que éste continúe y subsista después de haber empezado á regir aquélla.

Esto sucede, por ejemplo, con el derecho que al arrendatario corresponde para conservar la cosa arrendada hasta el término del arrendamiento, aun contra el comprador á quien hubiese sido vendida por el arrendador. Dicho derecho debe ser regido por la ley que estuviera vigente en el momento en que tuvo nacimiento el vínculo legal, toda vez que ese derecho real sobre el fundo arrendado es consecuencia inmediata del contrato de arrendamiento y se deriva de la ley bajo cuyo imperio hubiere quedado perfectà la relación jurídica creada entre el arrendador y el arrendatario.

Por lo tanto, si la locación hubiere sido concluída estando en vigor una ley que, como la austriaca, no concediese al locatario tal derecho, los que en este caso se encontraren no podrían aprovecharse de los beneficios de la nueva ley que atribuyera al arrendador dicha facultad y no podrían tampoco obtener la rescisión del arrendamiento por ese motivo, á no ser que expresamente se hubiere establecido á su favor en el con-

(1) Confr. Dalloz, *Rep.*, v. Aguas, núm. 334.—Trib. de Trani, 27 Noviembre 1876. Lebastro, c. Patrimonio, y Trib. de Catanzaro, 20 Agosto 1877 (Piromalli-Alati y Ramirez), *Foro italiano*, P. 1, pág. 1058.

trato primitivo el derecho de dejarle sin efecto en caso de venta.

De estos mismos pricipios se deduce también que las servidumbres legales que nacen por consecuencia de determinadas condiciones de hecho tenidas en cuenta y reguladas por el legislador en las disposiciones de la nueva ley, sólo pueden ser adquiridas en conforminad con los preceptos de ésta, lo mismo cuando dichas condiciones han empezado á tener origen después de la promulgación de dicha ley, que en el caso de subsistir y continuar después de ella, en la forma estimada por la misma, aunque hayan tenido principio bajo el imperio de una legislación anterior.

161. La regla que queda consignada puede servir también para resolver las cuestiones relativas á la posesión. Ya se considere ésta como manifestación y consecuencia del derecho de propiedad, ya se aprecie como hecho jurídico que con abstracción de todo derecho preexistente produce consecuencias jurídicas es un derecho real, toda vez que hace nacer en el poseedor el de conservar la cosa poseída y excluirla de terceras personas.

La posesión legítima y el *jus possidendi,* como manifestación del dominio, deben ser regidos por la ley, bajo cuyo imperio hubiese sido adquirido el derecho de propiedad; y la posesión, como estado de hecho que por sí mismo causa efectos y relaciones jurídicas, tiene que ajustarse y regularse por las disposiciones legales que estuviesen en vigor en el momento en que tal hecho jurídico tuviere lugar.

El *jus possidendi* está, por lo tanto, sujeto á las prescripciones de la ley nueva, la cual ha de ser aplicada para resolver sobre las acciones posesorias y decidir cuáles son las cosas que pueden ser objeto de posesión, así como sobre las cualidades de que tiene que estar adornada la posesión, el tiempo de su duración necesario para convalidar la acción, los actos exteriores que constituyen la perturbación de la misma y las consecuencias jurídicas que se derivan del hecho de poseer. En

su virtud, la ley nueva que regule lo relativo á la adquisición de los frutos y de los demás derechos, según la buena ó mala fe del poseedor, debe ser aplicada también desde su promulgación aun á los efectos de la posesión que hubiere tenido principio bajo la ley anterior siempre que se trate de derechos adquiridos mediante ella después de estar en vigor dicha ley.

162. En cuanto á las formas esenciales para la adquisición de los derechos reales es indudable que todo en este punto debe depender de la ley que estuviere vigente cuando fuese adquirido el derecho, y las nuevas disposiciones que después de ellas se dictaren no podrán modificar las consecuencias jurídicas de los actos puestos en ejecución bajo el imperio de una ley anterior. De aquí que si ésta exigiese la tradición como requisito indispensable para la transmisión de la propiedad de las cosas no bastaría ni podría ser eficaz para surtir dicho efecto el simple consentimiento de las partes acerca de la cosa y del precio sin dicha tradición, y la ley posterior que después declarase suficiente tal consentimiento para transferir la propiedad no podría aprovechar para hacer respetar el dominio cuando éste hubiere sido transmitido mediante dicho consentimiento antes de la publicación de la misma, sino que sería necesario ó que las partes celebrasen un nuevo contrato ó que al dar ejecución al anterior agregasen á él la tradición.

También será necesario referirse á la ley sobre la cual se funde la adquisición del derecho, cuando se trate de decidir si la posesión inmemorial puede tener lugar respecto de aquellos derechos reales que, como las servidumbres continuas y no aparentes, requieren indispensablemente un título para su adquisición. De esto nos ocuparemos más detenidamente al tratar de las servidumbres.

163. Cuando la adquisición del derecho haya de derivarse de la accesión, de la especificación ó de la confusión debe aplicarse la ley anterior si el hecho de que trae origen hubiese ocurrido antes de empezar á regir la ley nueva y hubiese que-

dado terminado de tal modo que deba considerarse perfeccionado el derecho.

Si, por el contrario, hubiesen comenzado tan sólo dichos actos bajo el imperio de la ley antigüa completándose su desenvolvimiento y desarrollo después de promulgada la ley nueva, ésta es la que debe regir para decidir si puede ó no ser adquirida la propiedad por ellos.

164. La naturaleza, la extensión y los efectos de los derechos reales, deben regularse por la legislación que estuviere vigente al tiempo de tener nacimiento dichos derechos, aunque el ejercicio de los mismos viniera á tener lugar cuando ya se hallare en vigor una ley posterior.

Esto no obstante, la ley nueva puede sujetar á sus preceptos imperativos las consecuencias de actos y hechos nuevos ocurridos después de ella, relativos á ciertos derechos adquiridos estando en vigor la ley antigua, pero esto deben entenderse sólo respecto de aquellos hechos ó sucesos no tenidos en cuenta por el legislador en sus disposiciones, y siempre que el particular no hubiese adquirido un derecho en contra perfeccionado mientras regía la ley anterior.

165. La pérdida de los derechos reales, cuando depende de un hecho al que la ley da este efecto, debe ser regida por las disposiciones legales vigentes cuando fuere realizado dicho hecho.

Este principio tiene su fundamento en la teoría general, antes de ahora expuesta, de que las consecuencias jurídicas de un acto, cualquiera que éste sea, tienen que sujetarse á la ley vigente en el momento en que tal acto viene á realizarse, debiendo regularse y regirse por las disposiciones de la misma.

En su virtud, si la persona á quien pertenezca el derecho real no hubiere adquirido con él el de someter dicho acto á la legislación bajo cuyo imperio se hubiere constituído el referido derecho real, y la ley nueva hiciera depender su perdida de la realización de un hecho no tenido ya en cuenta por la ante-

rior, esta disposición ejercería su autoridad sobre los actos puestos en ejecución después de promulgada la misma, y podría, por lo tanto, someter á la pérdida de dicho derecho, con arreglo á sus preceptos, al que en tal caso se hallare.

166. Para todo lo que concierne á la conservación de los derechos reales, debe aplicarse la regla general, esto es, que la misma ley bajo cuyo imperio fué constituído el derecho real debe regular los modos de conservar dicho derecho. Sin embargo, esto no excluye la autoridad de una nueva ley que estableciese nuevos modos de conservación de los derechos adquiridos no tenidos en cuenta en la legislación anterior, en cuyo caso las nuevas disposiciones aprovecharían desde su promulgación á todos los que con anterioridad hubieren adquirido tales derechos.

En efecto, no puede negarse el poder que al legislador pertenece para sujetar á nuevas formalidades la conservación de los derechos ya adquiridos, y si en virtud de dicho poder se estableciese que la omisión de cualquiera de esas nuevas formalidades ó requisitos exigidos para la conservación de tales derechos llevase consigo la pérdida de los mismos ó su ineficacia jurídica, esta disposición alcanzaría también aun á aquellos que hubiesen sido adquiridos estando en vigor la legislación anterior, y por lo tanto, la inobservancia de la indicada formalidad ocasionaría la pérdida de los mismos.

Ejemplo de ello nos ofrecen la formalidad de la inscripción establecida como necesaria para conservar el derecho de hipoteca, adquirido mientras regía la ley anterior que no exigía semejante requisito, y la de la transcripción ordenada para conservar los derechos reales sobre bienes inmuebles, respecto de las terceras personas que hubiesen adquirido los mismos derechos sin hacerlos seguir de la transcripción.

Esto sentado, disponiendo la ley nueva que sea decisiva la formalidad de la transcripción para conservar los derechos adquiridos por parte del precedente propietario en contra de terceras personas que quisieren jactarse de haber adquirido los

mismos derechos, semejante disposición ejercería su autoridad aun sobre los derechos reales constituídos antes de la promulgación de la misma, á no ser que el legislador hubiese ordenado expresamente lo contrario.

167. Esto es lo que ocurre en la legislación italiana, toda vez que después de declarar el legislador necesaria la transcripción para ciertos actos enumerados en el art. 1932, y de disponer en el art. 1942 que mientras no se lleve á efecto la transcripción de dichos actos no tendrán éstos efecto alguno en cuanto á tercero que por cualquier título hubiese adquirido y conservado legalmente algún derecho sobre los mismos bienes, se establece, sin embargo, en el art. 33 de la ley transitoria que las disposiciones de los artículos 1932 y 1942 citados no deben ser aplicados á los actos que tuvieren ya cierta fecha, ni á las sentencias pronunciadas antes de la promulgación del Código civil, sino que, por el contrario, han de ser regulados los efectos de tales actos y sentencias por las leyes anteriores, excepto en los casos que en dicha ley se reservan ó exceptúan.

Los principios generales expuestos hasta aquí resultarán mucho más claros y se comprenderán más fácilmente haciendo aplicación de ellos á los principales derechos, y con este objeto nos ocupamos á continuación y separadamente de la servidumbre, de la enfiteusis, del derecho de su superficie, de la prenda, de la hipoteca, y, en último término, de la prescripción ó usucapión.

§ 1.º

De las servidumbres.

168. Para resolver cómo deben ser aplicados á las servidumbres los principios antes expuestos es necesario distinguir entre las servidumbres legales y las convencionales ó contractuales.

Las legales deben su origen á las necesidades de la conveniencia social y á la utilidad pública; y corrresponde, por lo tanto, al poder exclusivo del legislador el establecerlas, modificarlas ó suprimirlas. Cuando no existen y la ley nueva viene á establecerlas por primera vez, es evidente que siempre que concurran las circunstancias de hecho constitutivas de la servidumbre, debe considerarse constituída ésta aunque tales circunstancias hayan comenzado á tener existencia mientras rigiera la ley anterior.

Con tal que en este caso persistan dichas circunstancias después de estar en vigor la nueva ley, debe sin género de duda reconocerse la existencia de la servidumbre legal, pues siendo

éstas una restricción de los derechos de propiedad, tiene que ser aplicada inmediatamente la ley nueva que restrinja dichos derechos en interés público, ó que por este motivo regule su ejercicio en consideración á determinadas circunstancias de hecho.

169. La regla que precede debe, sin embargo, extenderse con la reserva de respetar los derechos perfectos, adquiridos bajo el imperio de la ley anterior.

En su virtud, si estando en vigor una legislación que no admitiese ciertas servidumbres, establecidas después por una nueva ley, se hicieren obras ó se ejecutasen algunas construcnes contrarias á dichas servidumbres, no podría la ley nueva ser eficaz para hacer demoler tales obras ni las construcciones ó los trabajos ya ejecutados, porque su autoridad sólo podría extenderse á los trabajos, construcciones y edificios que quisiera comenzarse después de la prohibición consignada en la misma, y de ningún modo alcanzaría á los que hubieren sido terminados antes de que dicha prohibición existiese.

Esto no obstante, el mero hecho de no hallarse las obras indicadas á la distancia establecida por la nueva ley, puede autorizar al actor que quisiere obtener su demolición para entablar la oportuna demanda con tal objeto; pero en todos estos casos debe prosperar la excepción propuesta por parte del demandado, cuando llegare á probarse haber sido emprendidas y terminadas dichas obras antes de empezar á regir la citada ley.

170. Hemos dicho *emprendidas* y *terminadas*, porque no bastaría la simple facultad de hacer tales obras, concedida por la legislación anterior, para pretender ejecutarlas después de estar en vigor la nueva ley. En efecto; el imperio de ésta en materia de servidumbres prediales es absoluto é inmediato en cuanto á impedir cualquier acto nuevo contrario á sus disposiciones que tuviere lugar después de haber empezado á regir.

171. Así, por ejemplo, mientras estaba en vigor el Código austriaco (que no establecía respecto del derecho de abrir ven-

tanas para vistas sobre el fundo del vecino las limitaciones sancionadas después por el Código civil italiano en cuanto á la distancia que debe mediar), podía el propietario de un muro en las provincias italianas que se regían por la legislación austriaca abrir en él las ventanas para vistas que quisiese sobre el fundo del vecino, valiéndose de la facultad concedida al mismo por dicha legislación vigente entonces; pero después que en esas provincias fué promulgado el Código civil italiano, sus disposiciones hubieron de ser obligatorias desde luego para todos los actos análogos posteriores; y por lo tanto, si bien deben ser respetadas las ventanas abiertas antes de su promulgación, porque no puede menos de reconocerse á favor del propietario de la finca en que se hicieran el derecho legalmente adquirido ya, no sucede lo mismo en cuanto á las que fueren abiertas después de estar en vigor el expresado Código, respecto de las cuales no sólo podrá oponerse el dueño del fundo vecino á que se abran dichas ventanas sobre su propiedad sin que se observen las reglas establecidas por él acerca de la distancia, sino que puede pedir además que en conformidad á lo dispuesto en el mismo (1) sean cerradas, aun cuando éstas fuesen iguales y se hallasen en las mismas condiciones que las abiertas, mientras regía la legislación austriaca.

La razón de esta diferencia estriba en que en este último caso no existe ningún derecho adquirido antes de la promulgación de la nueva ley que tenga que ser respetado.

Haciendo aplicación de estos mismos principios, es necesario admitir que si la servidumbre fué adquirida mientras estaba en vigor la ley antigua, y con arreglo á ella el propietario del fundo sirviente podía construir á una distancia menor (por ejemplo) de tres metros, si éste no hubiese hecho uso de ese derecho hasta después de publicarse la nueva ley que modifi-

---

(1) Confr. Casación de Turin 17 de Febrero de 1882, de Spínola. C. Lavagnino. *Monitor de Tribunales*, 1882, pág. 351, y 7 de Diciembre de 1871. *Monit.*, 1872, pág. 81. Milán 29 de Enero de 1884. *Monit.*, 1884, pág. 362.

case dicha disposición, en el sentido de que una vez adquirido el derecho de abrir una ventana para vistas sobre el fundo vecino no pudiera el propietario del fundo sirviente construir sino á mayor distancia, necesariamente tendría que quedar sujeto en ese caso dicho propietario á las limitaciones de la nueva legislación.

En vano sería que contra esto se adujese la consideración de que estando constituída la servidumbre de vistas mientras regía la ley antigua, debería reconocerse que con arreglo á ella había adquirido también el propietario del fundo sirviente el derecho de construir á la distancia establecida por dicha ley, porque si bien es cierto que debe estimarse como un derecho adquirido la servidumbre constituída bajo el imperio de la legislación anterior, no puede merecer tal consideración, ni admitirse igualmente como derecho adquirido, la facultad concedida por ella al dueño del fundo sirviente para construir á una distancia mayor ó menor determinada por la misma.

En efecto, esa facultad depende de la ley que estuviere en vigor al tiempo de ponerla en ejercicio, y no puede, por lo tanto, llegar á constituir un derecho adquirido y perfecto, sino mediante el acto de la persona que haya hecho uso de ella con arreglo á la ley vigente, ó lo que es lo mismo, no se adquiere el derecho hasta que se haga uso en debida forma de dicha facultad. En su virtud, al publicarse una ley nueva que prescribiese una distancia no exigida antes, sus preceptos habían de imponerse á todas las construcciones que en adelante hubieran de empezarse, y no por esto podría decirse que tuviera autoridad retroactiva dicha ley, ni que perjudicase los derechos adquiridos, puesto que sólo vendría á disponer respecto del porvenir, ó sea para los actos posteriores á la misma.

172. Los mismos principios deben aplicarse en el caso de que una ley nueva aboliese una servidumbre legal. Por consecuencia de dicha abolición, todas aquellas cosas ó todos aquellos actos que no pudieran llevarse á cabo rigiendo la ley antigua, podrían, sin embargo, ser ejecutados estando en vigor la

ley nueva que hubiese quitado la prohibición establecida en ella.

También en este caso, las obras hechas en contradicción con las prohibiciones impuestas por la legislación anterior, antes de haber empezado á regir la ley nueva, habrían podido ser demolidas mientras regía aquella legislación, pero no se tendría derecho á pedir su demolición después de promulgada la ley nueva, porque el derecho de demandar dicha demolición es una mera facultad y no puede, por lo tanto, ser considerada como un derecho adquirido hasta que no hubiere sido definitivamente ejercitada.

173. Asimismo debe ser aplicada, respetando los derechos ya adquiridos bajo el imperio de las legislaciones anteriores, la ley nueva que aboliese una servidumbre real, y en su consecuencia no podrían anularse ni hacerse ineficaces en virtud de ella las servidumbres adquiridas con anterioridad, mediante un acto del hombre terminado y perfeccionado mientras regía la ley antigua.

Debemos, sin embargo, observar que no puede considerarse como acto del hombre bastante eficaz para constituir una servidumbre adquirida, el hecho de haber ejercitado solamente el *dominus servitutis*, pues tal hecho, aunque externo, no significaría otra cosa que el ejercicio del derecho que directamente nace de la ley, y por lo tanto, el haber ejercido de hecho una servidumbre legal por un tiempo más ó menos largo, no puede conceder el derecho de ejercer la misma servidumbre en el porvenir, cuando la ley nueva no la admita más en adelante. Pero cuando, por el contrario, ha tenido lugar un *acto externo positivo* por parte del hombre, en virtud del cual manifestando la voluntad de adquirir la servidumbre la haya así adquirido (como sucedería, por ejemplo, ejecutando obras, edificando construcciones, haciendo trabajos para adquirir y ejercer la servidumbre, etc., etc.), en este caso deberá ser aplicada la ley que aboliese dicha servidumbre, respetando las que hubieren sido adquiridas por tales medios bajo el imperio de las disposiciones legales anteriores.

Y si para conseguir los fines de la ley nueva fuese necesario dejar sin efecto dichas servidumbres adquiridas ya, no negamos que pueda ser acordado esto; pero en consideración á que las mismas constituyen verdaderos derechos patrimoniales perfectos del *dominus servitutis*, que han quedado estables y permanentes con las obras y con las construcciones ejecutadas, habiendo de considerarse como incorporados al fundo dominante, debería entonces reconocerse á favor del dueño de éste el derecho á ser indemnizado, porque la aplicación de la ley abolitiva equivaldría, en efecto, á una verdadera expropiación.

174. Con arreglo á las leyes que antes regían en las diversas provincias italianas, cualquiera podía desviar el agua de los torrentes, y estaba también permitido á los ribereños construir las exclusas y demás obras oportunas para derivar dichas aguas, así como el usarlas para las necesidades de la industria y de la agricultura. El nuevo Código civil italiano abolió ese derecho y ordenó, por el contrario, que ninguno pudiese derivar aguas públicas sin haber obtenido una concesión del Gobierno ó sin haber adquirido previamente tal derecho en virtud de un título legítimo. A consecuencia de esta nueva disposición, surgió la duda sobre si podrían ó no continuar derivando dichas aguas aquellos que hubiesen construído las presas ó las demás obras cuando tenían derecho á hacerlo, ó sea cuando estaban vigentes las anteriores leyes que lo permitían.

Algunos jurisconsultos, y entre ellos Gabba, opinan que la ley, al abolir el derecho perteneciente á los colindantes de las aguas públicas para desviar de ellas la cantidad necesaria para el riego de sus fundos, produjo no sólo el efecto de prohibir la construcción de nuevas exclusas ó de cualquiera otra clase de obras para en adelante, sino también el de impedir que continúen derivando aguas por medio de las construídas cuando estaba en vigor la legislación anterior, «pues si la opinión contraria fuese verdadera, dice el citado escritor, ¿qué efecto surtiría la ley?»; y añade también: «para derivar una cantidad

cualquiera de agua son necesarias ciertas obras hidráulicas, pero como estas obras no crean derecho alguno á las aguas derivadas, sino que sólo son un medio necesario para dicha derivación, la servidumbre de que se trata conserva el carácter de limitación legal de la propiedad del curso de agua, limitación que el legislador puede quitar del mismo modo que la pudo establecer» (1).

Debemos, sin embargo, observar en contrario, que cuando un estado de cosas se ha establecido en virtud de la ley en vigor, la servidumbre así creada, como permitida que es por la ley, debe considerarse como incorporada al fundo mediante la obra ejecutada; de lo que resulta que por interés de la agricultura y por el respeto debido á los derechos creados conviene reconocer dicha servidumbre como adquirida definitivamente por el fundo. El propietario de una finca que bajo la protección de la ley vigente construyese costosos edificios, cerrase y cavase los terrenos para mejorarlos, y que en tales condiciones de cosas regulase la explotación agrícola de la misma, pagando por consecuencia de ello los correspondientes tributos, crearía sin duda una servidumbre á favor de ella; y habiendo llegado á formar el uso del agua obtenida por este medio una insuperable condición de la finca misma, resultaría un desconcierto demasiado grave si la ley nueva no lo respetase y pudiera ser aplicada sin mantener tal estado de cosas quedado ya definitivo y permanente á consecuencia del ejercicio de los derechos adquiridos bajo el imperio de las leyes precedentes. Por esto nos parece debe admitirse como regla que la ley nueva abolitiva puede suprimir solamente las servidumbres legales no creadas, aun en el momento de empezar á regir la misma, y que deben respetarse y mantenerse aquellas que hubieren sido ejercitadas por actos externos según la ley anterior y hubieren

---

(1) *Teoría de la retroactividad*, vol. 2.°, pág. 64. Confr. MANTELLINI, *El Estado y el Código civil*, vol. 2.°, pág. 113; y GIANZANA, *Las aguas en el Derecho civil*, vol. 1.°, núm. 298.

llegado á quedar definitivas y permanentes cuando se tenía potestad para constituirlas (1).

175. Después de las servidumbres legales debemos ocuparnos de las convencionales, ó sean aquellas que se establecen por medio de las convenciones de las partes. El propietario puede limitar sus derechos de propiedad con las servidumbres que tuviere por conveniente, y adquirir en favor de sus propios fundos cualquiera clase de ellas, con tal que no sean contrarias al orden público. La ley regula también el uso y la extensión de estas servidumbres, pero sólo á falta de disposición correspondiente en el título convencional de que traen origen. Por lo tanto, por el principio general de que los derechos adquiridos mediante un contrato no pueden ser menoscabados por una ley posterior, las servidumbres establecidas mediante convención deben ser respetadas al sobrevenir la ley nueva. Las que se derivan de la ley que regula ciertas circunstancias de hecho acerca de las cuales no han pactado nada expresamente las partes y que se llaman también servidumbres legales, pueden ser modificadas por la ley nueva, pero solamente para el porvenir y no en cuanto al pasado.

En efecto; el legislador puede disponer que en lo sucesivo no dé origen á ésta ó aquella servidumbre una determinada convención ó cierta relación de derecho ó de hecho llevada á cabo por las partes, pero semejante disposición no podría surtir más efecto que el de regular la adquisición de las mismas servidumbres en el porvenir; pues en cuanto al pasado, las servidumbres adquiridas ya con arreglo á la ley anterior deberían ser respetadas como cualquier otro derecho real adquirido y perfecto. Es, pues, evidente que aquel que conforme á la ley antigua tenga derecho á abrir un foso, ó que le haya construí-

(1) Confr. DALLOZ, *Rep.*, véase Aguas, núms. 403 y 291, y la sentencia del Tribunal de apelación de Casal en la causa Visconti con la Hacienda, y la sentencia del Tribunal de casación de Turín en la misma causa de 11 de Julio de 1861 en la *Colección oficial*, año 1861, pág. 425.

do y abierto antes de la promulgación de la ley nueva, no podría ser obligado á cerrarle porque una ley posterior regulase de distinto modo los derechos de los fundos vecinos.

176. Lo mismo debe decirse de las servidumbres que se derivan del destino dado por el padre de familia á las cosas objeto de ellas. La ley vigente, en el momento en que el propietario pone las cosas en el estado de que trae origen la servidumbre, es la que se debe aplicar para decidir si tal modo de adquisición debe ó no ser admitido (1), y si puede serlo para todas las servidumbres indistintamente, ó sólo para las aparentes y continuas. Cuando la ley admita y determine las consecuencias jurídicas de dicho destino respecto de las servidumbres recíprocas, instituídas de hecho entre dos ó más fundos que pertenezcan á un mismo propietario, éste es título bastante para considerar constituídas las servidumbres impuestas á dichos fundos por el padre de familia, las cuales no pueden ser modificadas por la publicación de una ley nueva.

Conviene hacer constar, que cuando la servidumbre tenga por fundamento el destino dado por el padre de familia á las cosas objeto de ellas, es menester tener en cuenta la ley que estuviese vigente en el momento en que dicha aplicación ó destino adquiere carácter constitutivo de servidumbre; pues según queda expuesto, esta ley es la que ha de regular la servidumbre nacida de ese acto.

De aquí, que si se tratase, por ejemplo, de una servidumbre de vistas, no debería regularse por la legislación vigente cuando fué abierta la ventana, sino que es necesario estar

---

(1) Tal modo de adquisición era desconocido en los países en que regía el Derecho romano. Así es que en el Piamonte la jurisprudencia anterior al Código albertino había fijado la doctrina de que quien adquiría fundos una vez comunes no podía alcanzar ningún derecho de servidumbre que no hubiese sido estipulado en el acto de su adquisición, cualesquiera que fuesen las disposiciones de los dueños respecto de tales fundos proindivisos. Confr. Casación de Turín, 17 de Noviembre de 1858. *Coll. officiale*, 1858, pag. 412.

en su lugar á la que estuviese en vigor en el momento en que hubiere llegado á ser permanente y definitivo el destino dado por el padre de familia, porque sólo entonces es cuando puede considerarse constituída la servidumbre. Hasta que el propietario á quien pertenezcan los dos fundos contiguos no lo disponga de cualquier modo, no puede admitirse ni suponerse siquiera que quiso imponer una servidumbre á cargo de un fundo en beneficio de otro, porque cualquier acto que en este sentido ejecutara sirviéndose de uno de ellos en favor del otro, lo sería para su comodidad y utilidad y no constituiría más que el legítimo ejercicio de su incondicional y absoluto derecho de propiedad. Por lo tanto, sólo cuando los dos fundos pertenecientes en propiedad á un mismo dueño sean transmitidos por él á dos personas distintas ó hayan sido puestos ó dejados por él en determinadas condiciones el uno respecto del otro, entonces únicamente es cuando puede considerarse como título constitutivo de las servidumbres continuas y aparentes el destino definitivo dado á dichos fundos por el padre de familia. Será necesario estar en su virtud á la ley vigente en aquél momento para decidir si puede ó no ser admitido tal modo de constituir la servidumbre y cuál sea el carácter y la naturaleza de la que así fuere constituída.

177. La ley nueva puede también regular las consecuencias ulteriores de una servidumbre adquirida según la ley antigua. Así, volviendo al ejemplo ya citado antes, aquel que hubiese abierto un foso para el uso de una toma de agua con anterioridad á la promulgación del nuevo Código, no podría ser obligado á cerrarle aunque la distancia á que se hallare del fundo del vecino no corresponda á la fijada por el art. 575 de dicho Código; pero si después de la promulgación de éste quisiere profundizarle y la obra cediese en perjuicio del vecino, éste podría demandar la aplicación de la ley nueva y hacer decidir con arreglo á ella si el propietario del foso podía ó no tener derecho para pofundizarlo. La servidumbre adquirida bajo el imperio de la ley anterior debe ser respetada, pero las

ulteriores consecuencias de la servidumbre misma que tienen lugar después de haber empezado á regir el Código vigente caen bajo sus preceptos imperativos, sin que pueda aducirse en contrario que la ley antigua, bajo cuyo imperio fué construído el foso, permitía buscar el agua á cualquier profundidad, aun á riesgo de secar la fuente del vecino, porque no se puede considerar esta facultad como un derecho adquirido (1).

Es, pues, necesario reconocer como principio, que la ley nueva, reguladora de las relaciones recíprocas de las propiedades inmuebles y que establezca ciertas reglas que hayan de observarse en las construcciones y plantaciones, debe ser aplicada inmediatamente á todas las construcciones y á todas las plantaciones que se quieran ejecutar después de haber empezado á regir dicha ley; y por consecuencia de ello, las reglas impuestas por la ley nueva vienen á ser aplicadas también en el caso en que las servidumbres hubiesen sido adquiridas bajo el imperio de una legislación anterior.

178. Para lo concerniente á los modos de adquisición de las servidumbres, la regla general es que, tratándose de servidumbres constituídas bajo el imperio de legislaciones abolidas después por una nueva ley, es necesario referirse á dichas legislaciones para decidir acerca de la validez de su adquisición. Así, por ejemplo, para resolver si una servidumbre pudiera ser constituída mediante convención estipulada verbalmente ó si fuese indispensable un título escrito, y si en este caso debe el título exigido estar formado por un acto público ó simplemente por una escritura privada (2), ó para decidir si es ó no admi-

---

(1) Confr. Tribunal de casación de Roma, 13 Mayo 1878. Com. de Frascati contra P. Pallavicini. *Foro ital.*, 1878, pág. 645, y la nota de GIANZANA á la misma.

(2) Según el Código albertino, la adquisición de la servidumbre de presa era nula si no era establecida ésta en un acto público, y el Tribunal de Turín, con razón, estimó que la escritura privada, aunque es admitida para tal efecto por el Código vigente en la actualidad, no podía ser título eficaz para esta-

sible la prescripción ó la posesión inmemorial, y todo cuanto concierne en suma á la duración y al modo de la posesión para la adquisición de la servidumbre; para todo esto, repetimos, debe estarse á lo dispuesto en la ley anterior bajo cuyo imperio hubiere nacido y sido constituída la misma (1).

179. Una grave cuestión ha surgido en el derecho transitorio, á propósito de las servidumbres establecidas por concesión del Príncipe, sistema legal vigente aún y que prevaleció en los tiempos del feudalismo, por el que se consideraban las cosas del Estado y las del uso público como pertenecientes en pleno dominio al señor.

En dichos tiempos, estimándose también los ríos, aun los navegables, como propiedad del Príncipe (2), éstos gravaron dichos ríos con varias servidumbres en provecho de los particulares, dando á éstos por concesión onerosa, remunerativa ó gratuita la facultad de utilizar diversas servidumbres como, por ejemplo, el derecho de pesca y el de construir los artefactos necesarios para ella, el derecho de travesía y de acarreo, el derecho de establecer algún molino, etc., etc., de todos los cuales se encuentran numerosos ejemplos en Lombardía, donde los duques de Milán no conocían leyes prohibitivas de ningún género para enajenar las cosas del dominio público.

Habiendo sobrevenido el derecho público moderno que san-

---

blecer dicha servidumbre si ésta había sido constituída mientras estaba en vigor el Código sardo ó albertino. Sentencias de 4 de Marzo de 1871 y 4 de Julio de 1874.—*Jurisprudencia de Turín*, vol. 8, pág. 373; vol. 11, pág. 621.

(1) Confr. Tribunal de Cantazaro. Sentencia de 20 de Agosto de 1887.—Alatri-Ramines en el *Foro ital.*, 1877, vol. 1.°, pág. 1058.

(2) En el libro II, tít. 56, *Feudorum*, se encuentra una Constitución del emperador Federico «*Quae sunt regalia*» la cual, establece: «*Sunt regalia armandia viae publicae, flumina navigabilia et ex quibus fiunt navigabilia, portus ripatica vectigalia.*» Véanse también Reales cédulas de 1770, § 1.°, tít. 7, libro VI, que declararon del patrimonio real todos los ríos, y el § 2.° del mismo título, que estableció pudiera adquirirse la propiedad de las aguas de los ríos por concesión del Príncipe.

ciona el principio de la inalienabilidad de los derechos pertenecientes al Monarca ó á la Nación, han surgido muchas cuestiones con motivo de la aplicación de las leyes nuevas respecto de aquellos que en virtud de las concesiones del Príncipe habían adquirido derechos patrimoniales sobre las cosas públicas, sobre todo en Lombardía donde varios derechos de toma de aguas, de pesca, de travesía ó pasaje, de acarreo flotante y otros semejantes, se hallaban establecidos por concesiones de los duques, y adjudicados á particulares que no estaban en posesión de ellos (1).

Sin entrar en un minucioso examen de tales controversias, podemos establecer la regla siguiente: cuando los particulares estén en posesión de los derechos reales adquiridos con arreglo á la legislación anterior, aunque ésta se halle inspirada en los principios feudales y sea incompatible con el derecho público moderno y con la progresiva civilización, deben, sin embargo, reputárseles en posesión legítima de tales derechos, debiendo ser considerada la concesión ó la convención, en cuya virtud le fueron adjudicados por el Príncipe, como título legítimo para reclamar el respeto de sus respectivos derechos.

En efecto, no pueden ser considerados éstos más que como verdaderos derechos civiles patrimoniales y, en tal concepto, deben ser respetados al promulgarse una ley nueva, siempre que hayan quedado perfeccionados según las leyes anteriores, cualquiera que sea la causa de que traigan origen. Especialmente cuando la concesión haya sido hecha por título oneroso,

---

(1) Confr. la sentencia del Tribunal de casación de Turín de 11 de Julio de 1861, en el pleito Visconti contra la Hacienda pública. *Coll. ufficiale* de 1861, página 425; la del mismo Tribunal en el pleito Malaspina contra la sociedad ferroviaria Cavalleranaggiore, de 27 de Abril de 1871, y la de 24 de Mayo de 1882, en el pleito Galvagni di Bubbio contra la Hacienda, y la dictada por el Tribunal de casación de Roma con fecha 24 de Mayo de 1880 en el pleito Apolloni-Renna Tommasini; y Gianzana, *Digesto italiano*, artículo *acque private*, núm. 903 y siguiente.

no puede menos de admitirse y reconocerse como un derecho perfecto el adquirido por el particular en este caso, puesto que la facultad concedida por dicho título para aprovecharse de las cosas públicas objeto de la misma, no viene á ser otra cosa que la justa correspondencia de la prestación hecha por su parte: facultad concedida para ello por quien tenía derecho para disponer de tales cosas y para recabar una renta de ellas según las leyes entonces vigentes.

Aquel que sucede en el ejercicio del poder soberano, tiene siempre el derecho de reivindicar ó reclamar para sí las razones ó las prerrogativas todas de la soberanía que hubiesen sido por casualidad distribuídas ó concedidas á los particulares por el soberano anterior; pero teniendo lugar en este caso la expropiación de un derecho patrimonial perteneciente á un particular en virtud de un título válido debe observarse el principio de derecho común, á saber: que ninguno puede ser despojado ni obligado á ceder sus cosas, sino mediante una justa y previa indemnización (1).

180. Las dos reglas expuestas sirven para resolver toda controversia sobre la materia en cuanto se refiere á las cuestiones de derecho transitorio, así como para decidir si pueden ó no ser consideradas como legítimamente adquiridas, por los

---

(1) Este principio fué consagrado por primera vez en una sentencia del Parlamento de París. Habiendo sido construidos sobre el Sena y sobre Morra ciertos establecimientos que impedían el paso de las naves, cuyas construcciones habían sido hechas en virtud de concesiones de los señores feudales que habían transformado los derechos del Rey en derecho de la propiedad ordinaria, el Parlamento decretó, en 13 de Enero, la destrucción de las mismas, pero «con la condición de indemnizar á los propietarios.» DALLOZ, *Rep.*, véase concesión administrativa, página 341.

Habiendo abolido el legislador italiano los derechos del *Ademprivio* y de *Cussorgia* en la Cerdeña, por la ley de 25 de Abril de 1865, dispuso que los pueblos que se subrogaban en el lugar del Real Patrimonio, en cuanto á la propiedad de bienes sujetos á aquella servidumbre, debían indemnizar á los antiguos propietarios por los derechos de que quedaban expropiados.

particulares que estuvieron en posesión de ellas, las servidumbres establecidas sobre cosas públicas y, por lo tanto, si deben ó no ser asimiladas á verdaderos derechos civiles patrimoniales.

En este punto, todo debe depender de las leyes anteriores bajo cuyo imperio hubieren sido constituídas dichas servidumbres, y también es necesario referirse á las mismas leyes anteriores para decidir si puede considerarse válidamente constituída la servidumbre por la posesión inmemorial ó mediante prescripción. En su virtud, una servidumbre discontinua adquirida por prescripción mientras estaba en vigor en las provincias italianas el Código civil austriaco, deberá ser reconocida y conservada en la actualidad, á pesar de que el Código civil vigente (art. 630) no admite que tal servidumbre pueda ser adquirida por dicho título. Pero entiéndase bien, que para ello sería necesario que la prescripción de treinta años exigida por el Código austriaco para su adquisición estuviere terminada y completa antes de la promulgación del Código italiano, sin cuyo requisito no podría considerarse perfecto y adquirido dicho derecho.

Nos parece oportuno hacer notar aquí que no es necesario para que en este caso constituya la prescripción un válido título de adquisición (1), que á más de quedar terminado el lapso de la misma antes de la promulgación del nuevo Código, deba ser de igual modo declarada por sentencia antes de la ley nueva.

Cuando la prescripción hubiere quedado terminada antes de empezar á regir el nuevo Código, debe considerarse adquirida la servidumbre, y mediante la prueba del lapso de todo el

---

(1) Encontramos conforme al principio expuesto la ley transitoria italiana, cuyo art. 21 dice así: «Las servidumbres continuas no aparentes y las discontinuas, sean ó no aparentes, que hubieren sido adquiridas por medio de la posesión con arreglo á las leyes anteriores á la fecha de la promulgación del nuevo Código, serán conservadas en adelante.»

término exigido para la prescripción puede ésta ser declarada posteriormente si se demandase al Tribunal la declaración de la adquisición por prescripción después de estar en vigor dicho Código.

181. Mayor motivo de controversia existe en cuanto á las servidumbres discontinuas y las no aparentes, cuando se pretende haber sido adquiridas por la posesión *ab immemorabili*. El Código albertino disponía en su art. 649, á propósito de dichas servidumbres, que «la posesión, aunque fuese inmemorial, no basta para establecerla, sin que por esto se pueda, sin embargo, impugnar la servidumbre de esta naturaleza que hubiere sido ya adquirida con anterioridad por la posesión.»

El Código civil italiano dispone en su art. 630, «que las servidumbres continuas no aparentes y las discontinuas, sean ó no aparentes, no pueden ser establecidas sino mediante un título, y que la posesión, aunque sea inmemorial, no basta para establecerlas.»

Según el derecho antiguo, muchas servidumbres discontinuas y no aparentes podían ser adquiridas por medio de la posesión inmemorial (1); y habiendo dispuesto el legislador en el art. 21 de la ley transitoria que las servidumbres adquiridas mediante la posesión en conformidad á las leyes anteriores debían ser respetadas y reconocidas, surgió naturalmente la cuestión y la duda de si podían ó no seguir subsistiendo válidamente tales servidumbres, adquiridas por medio de la posesión inmemorial según las leyes anteriores.

Respecto de esta cuestión, nos parece que no encontrándo-

---

(1) Así ocurría según las Reales constituciones que estuvieron en vigor en el Piamonte hasta la promulgación del Código albertino y con arreglo al derecho común vigente en los otros puntos de Italia antes de dichos Códigos. Confr. CEPOLLA, *De servitutibus*, libro 1.°, cap. 19, núm. 4. Conf. Tribunal de Turín, 30 de Julio de 1864. BETTINI, tomo 17, cap. 2.°, pág. 420. Id., 17 de Enero de 1865, *Giurisprudenza tor.*, tomo 1.°, pág. 282. Casal, 2 de Marzo y 28 de Julio de 1868. Id., tomo 5.°, págs. 631 y 645.

se en la legislación anterior una disposición expresa por la que se sancione la regla de que la posesión inmemorial sea insuficiente para constituir una servidumbre no aparente, debe reputarse adquirida ésta mediante la posesión *ab immemorabili*, porque tal modo de adquisición era admitido por el derecho común y por el derecho feudal para el efecto de adquirir aun aquellas cosas que eran por su naturaleza imprescriptibles (1). Por otra parte, cuando la posesión es tan larga se debe presumir el justo título, y una vez admitida dicha presunción según la ley, podría considerarse legalmente adquirida la servidumbre en virtud del título justamente presunto.

Para resolver con acierto en este punto, debe examinarse, en primer lugar, si con arreglo á la legislación bajo cuyo imperio tuvo lugar la posesión *ab immemorabili* podía ó no ser considerada ésta como fuente de derecho y además suministrar la prueba de que dicha posesión inmemorial había tenido efecto antes de ser promulgada la ley nueva que excluyese tal modo de adquisición, y del resultado que esto ofrezca ha de depender la resolución que haya de adoptarse.

También debe ser admitida dicha prueba aun después de promulgada la nueva ley, porque en tal caso responde al objeto de establecer un derecho precedentemente adquirido.

182. Viniendo ahora á ocuparnos de las servidumbres llamadas personales, debemos hacer notar que no pueden ser consideradas en las mismas circunstancias que las prediales; pues si bien es verdad que, como éstas, modifican los derechos de propiedad, están sin embargo establecidas siempre en beneficio de ciertas personas, entre las cuales existen determinadas relaciones personales ó razones de estado y de familia.

Así sucede, por ejemplo, en el usufructo legal concedido

---

(1) Véase el artículo de SCUPFER en el *Digesto italiano*, epígrafe *ab immemorabili*.

por la ley al padre sobre los bienes del hijo sujeto á la patria potestad y el establecido en favor del cónyuge sobreviviente sobre una parte del patrimonio del cónyuge difunto. Siendo estas servidumbres legales personales un accesorio de la patria potestad ó de los derechos de sucesión del cónyuge supérstite, convendrá para determinar la eficacia ó ineficacia de la ley nueva respecto de dichos usufructos referirse en su caso á los principios ya expuestos acerca del ejercicio de la patria potestad ó á los que más adelante hemos de exponer sobre los derechos de sucesión del cónyuge superviviente.

183. En cuanto al usufructo voluntariamente constituído, y todo lo que con el mismo se relaciona, se debe considerar como regla general que la validez de dicha constitución ha de juzgarse con arreglo á la ley vigente en el momento en que fuese constituído el usufructo. De aquí, que si la ley en vigor permitiese establecer el usufructo progresivo ó perpetuo sería válido y eficaz, y como tal debería estimarse un legado de usufructo progresivo hecho bajo el imperio de dicha ley si la sucesión hubiere sido abierta antes de dejar de regir la misma, aun cuando después no se admitiese más esa clase de usufructo por la ley posterior que estuviese vigente cuando se diere lugar á la progresión. La eficacia de dicho legado no podría ser destruída ni aun en el caso de que la ley posterior hubiese abolido la sustitución fideicomisaria, toda vez que los legados de usufructo progresivo no revisten por su propia naturaleza el carácter de sustituciones fideicomisarias (1), y no podría por lo tanto considerárseles comprendidos en la ley nueva que hubiese abolido los fideicomisos.

Por la misma razón ha sido considerado válido y eficaz, aun después de la promulgación del Código italiano, el usufructo perpetuo admitido por la ley austriaca en favor de las

---

(1) Confr. Cass. de Turín, 10 Julio 1872 (Martinelli e Pivanti), *Monitor de los Tribunales*, 1872, pág. 1039.

personas morales permanentes. Y si bien se ha limitado á treinta años, á contar de la promulgación del nuevo Código, la duración de tal usufructo, esto ha sido para armonizarlo con la moderna legislación, puesto que en el art. 518 del expresado Código se dispone que el usufructo establecido en favor de las personas ó corporaciones morales no puede exceder de dicho término.

184. Los derechos y deberes del usufructuario y del nudo propietario deben ser determinados también por la ley que estuviere en vigor cuando fué constituído el usufructo. La razón de ello estriba en que, naciendo esos derechos y deberes del pacto, revisten las formas de las relaciones derivadas de la convención ó del contrato y, como éstas, tienen que regirse por la legislación vigente al tiempo de celebrarse el contrato.

En su virtud, para decidir, por ejemplo, cuáles sean las reparaciones extraordinarias que corresponde hacer al propietario y las ordinarias que gravan al usufructo, no es necesario referirse á la ley vigente en el momento en que ocurriere el hecho que las motivase, sino á aquella bajo cuyo imperio fué establecido el usufructo. También es necesario estar á la ley con arreglo á la cual nació el usufructo, para resolver si pertenecen al usufructuario ó al propietario los frutos *estantes*, y los semejantes á ellos, cuando el usufructo hubiere terminado. Y lo mismo debe decirse de la locación ó arrendamiento hecho durante el usufructo y de su eficacia, en cuanto á la duración del mismo, después de extinguido dicho usufructo, etc., etc.

La nueva ley solamente podría ser aplicada cuando ella sujetase á nuevas disposiciones determinados actos no tenidos en cuenta por la ley anterior. Así sucedería, por ejemplo, en el caso de que la ley nueva declarase que por ciertos actos se extinguía el usufructo, si el usufructuario no hubiese adquirido con anterioridad el derecho de ejecutar dichos actos sin incurrir en la pérdida ó extinción del usufructo. La mera falta

de una disposición legal relativa al particular, no podría ser alegado en contra de esto como fundamento de un derecho adquirido (1).

Si la ley nueva impusiese al usufructuario la obligación de prestar fianza, y no le eximiese expresamente de ella la legislación vigente cuando fué constituído el usufructo, nos parece que podría ser obligado el usufructuario á prestar la fianza con arreglo á la nueva ley. Esta, en efecto, puede sujetar á nuevas garantías el ejercicio de los derechos adquiridos bajo el imperio de la legislación anterior, y entre dichas garantías debe considerarse la fianza, la cual no afecta al fondo de la servidumbre de usufructo sino al modo de ejercitarla.

Antes de terminar este tratado, nos parece conveniente consignar, que las disposiciones de la ley nueva relativas á la conservación de la servidumbre de usufructo son aplicables también á aquellas que hubieren sido adquiridas bajo el imperio de las leyes anteriores. Esto mismo debe decirse respecto de la transcripción si fuese exigida por disposiciones posteriores, para el efecto de establecer su prioridad en cuanto á terceros, etc., etc.

---

(1) Véase lo expuesto en los párrafos 38 y 45.

§ 2.°

Del derecho de enfiteusis y de superficie.

185. Naturaleza de la enfiteusis.—186. Efectos de la ley por la que sea abolida la enfiteusis.—187. La ley francesa de 1793 no respetó los derechos adquiridos.—188. Ley nueva que declare redimible la enfiteusis.—189. Discusiones acerca de la justicia de la ley que autorice la redención de la enfiteusis.—190. Ley que debe regular los derechos del concedente y los del enfiteuta.—191. Del derecho de prelación.—192. Derecho de demandar la devolución.—193. De las causas de caducidad.—194. Requisitos necesarios para la conservación de los derechos recíprocos.—195. De la prueba del contrato.—196. Del derecho de superficie.

185. La enfiteusis es un derecho real sobre cosa inmueble, en virtud del cual el enfiteuta puede gozar y disfrutar de la misma del modo más amplio posible á condición de no deteriorarla y de pagar al concedente ó señor directo un canon anual ó las otras prestaciones eventuales que establezca la ley, bajo la cual fué constituído, ó la convención (1).

---

(1) Varias discusiones se han promovido á propósito de la eufiteusis y de su utilidad bajo el aspecto de la economía social y de la prosperidad de la agricultura, así como por el diverso modo como se ha entendido su índole y su carácter jurídico.

Cuando fué discutido el proyecto de Código civil italiano, fué objeto de larga controversia si debía ó no ser mantenida la enfiteusis, que era admitida hasta entonces por casi todas las legislaciones vigentes en los diversos países de Italia, y no faltaron fuertes sostenedores de la abolición de la misma. Estos opinaban que si tal institución pudo reportar muchas ventajas en la Edad media, no puede, sin embargo, en los tiempos modernos favorecer á la propiedad territorial, pero por el contrario, prevaleció el partido de conservar la enfiteusis, si bien haciéndola sufrir importantes transformacionas.

En el nuevo Código fueron en efecto aceptadas todas las soluciones reclamadas por las exigencias de la agricultura y de la libre comercialidad de los bienes, y se cuidó de hacer desaparecer el antiguo concepto del dualismo,

Semejante derecho tiene su fundamento en el contrato enfitéutico, y necesario será referirse á los principios que expondremos después respecto de los contratos para resolver la influencia que pueda ejercer la ley nueva en cuanto se refiere á las relaciones jurídicas nacidas de dicha convención.

Por ahora sólo tenemos que ocuparnos de dicho derecho considerado como un *jus in re aliena*, para examinar la influencia de la ley nueva sobre el contenido de este derecho, que no puede considerarse al igual de cualquiera otro nacido del pacto bajo todos sus aspectos, por lo que requiere la especialidad de su estudio, puesto que constituye un verdadero derecho real sobre cosas de otro, y como tal está sujeto á los principios generales que regulan el goce y el ejercicio de los derechos reales, sin que por esto se le pueda negar el carácter y la naturaleza de un derecho *contractual*, habida consideración á su origen. Esto hace que la regla de derecho transitorio aplicable á la enfiteusis sea tan especial como especial es el derecho citado (1).

---

del dominio y de la incertidumbre del mismo, quitando á dicho contrato aquella marca feudal que derivaba de la admisión de cierto señorío en el *dominus* y cierta sujeción respecto del mismo por parte del enfiteuta.

Debiendo, sin embargo, respetarse los derechos adquiridos mientras estaba en vigor la anterior legislación, informada en criterio diverso, menester es reconocer la enfiteusis precedentemente constituída con el concepto que prevalecía en la ley bajo cuyo imperio tuvo existencia y con los derechos adquiridos según aquel sistema legal.

(1) La enfiteusis no es la locación, no es la venta, ni la prestación por la renta constituida á consecuencia de la cesión de un inmueble, sino una institución *sui generis*. Según la teoría sostenida por algunos, el dominio directo no se transmite al concesionario ó enfiteuta, sino que se retiene por el concedente, y de aquí que el derecho de éste sea un derecho real. De lo cual resulta que la prestación debida por el enfiteuta no es una prestación personal y movible por su naturaleza como lo es la renta pactada por efecto de la cesión de un inmueble; ella es la equivalencia ó correspondencia del derecho que concierne al concedente, y por lo tanto, por su propia naturaleza personal, nacido no de una obligación, sino de un derecho real.—Véase Colamarino, *Dei contratto di enfiiteusi*, Nápoles 1879.

186. Si la ley nueva aboliese la enfiteusis perpetua y no hiciere ninguna reserva expresa respecto de las que ya hubiesen sido constituídas bajo el imperio de las leyes anteriores que la reconocían y admitían, no se podría negar ni desconocer la autoridad de dicha ley nueva para hacer ineficaz también las enfiteusis perpetuas constituídas legalmente con anterioridad á su promulgación.

La razón de esto se deriva del principio general de que cuando es abolida en absoluto por una ley nueva una institución determinada, dejan de ser eficaces todos los derechos que de la misma hubieren nacido, aunque hayan sido adquiridos legalmente, porque el reconocimiento de éstos es incompatible con la institución abolida.

La abolición produce, pues, en estas circunstancias el efecto de una verdadera expropiación, y por lo tanto, sólo puede estar justificada en aquellos casos en que la reclamen las exigencias del bien público, siempre que esté dentro de los límites de dicha exigencia, y cuando además se provee lo conducente para que sean debidamente compensados los que por virtud de tal abolición quedaren privados de sus derechos ó fueren perjudicados por la disminución de parte de su patrimonio.

Una legislación nueva que sancionase una reforma tal en una teoría de enfiteusis sin satisfacer las dos condiciones antes indicadas, deberá ser considerada injusta.

187. Con razón es criticada generalmente por esto la legislación francesa en materia de enfiteusis; pues habiendo abolido por la ley de 4 de Agosto de 1789 la feudalidad y los derechos feudales sin indemnización sometiéndoles á tributación, no hace ninguna reserva para la enfiteusis, por lo que la prestación debida á causa de ella, y sobre todo el laudemio, han de considerárselas suprimidas sin indemnización, especialmente después del 17 de Julio de 1793 que abolió sin ella todas las rentas señoriales, los derechos feudales, censuarios, fijos y eventuales.

Esta ley, que el tribuno Duchesne llamó espoliadora (1), viene á serlo realmente por haber sido aplicada á la enfiteusis, confundiendo la prestación ó canon debido á consecuencia de ella con las prestaciones ó tributos señoriales, á pesar de la sustancial diferencia que entre ellos existe, como lo ha demostrado ya, entre otros, Merlín (2).

Para evitar semejantes consecuencias, conviene que la ley nueva por la cual sea abolida la enfiteusis, respete las constituídas con anterioridad á ella, como se hizo en la ley transitoria para la aplicación del Código sardo que no admite la enfiteusis perpetua, ó bien que se sustituyan los derechos adquiridos, abolidos por dicha ley, con otros derechos ó compensaciones equivalentes, como se hizo en la legislación toscana.

188. Si la ley nueva sancionase el principio de la liberación de la enfiteusis sin limitar su aplicación respecto de las enfiteusis perpetuas ó temporales constituídas antes de regir la misma, no cabe duda alguna de que semejante disposición debería libertar también las enfiteusis perpetuas precedentemente constituídas. El legislador italiano, para evitar toda controversia en este punto, ha dispuesto en el art. 30 de la ley transitoria, que de la facultad de redimir el fundo ó rescatar la renta, según las reglas respectivamente establecidas en el Código civil, pueden aprovecharse también los enfiteutas ó deudores de rentas simples ó territoriales constituídas bajo el imperio de leyes anteriores á dicho Código, á pesar de cualquier pacto en contrario.

189. Fué objeto de grave discusión la justicia ó injusticia de la ley que declaró redimibles todas las rentas perpetuas y aun los censos debidos á título de enfiteusis, concediendo así al enfiteuta el derecho de expropiar á aquel á quien estimaban como señor directo las leyes bajo las cuales había sido

---

(1) Véase la relación al Tribunado en la sesión del 27 ventoso del año octavo.

(2) Merlín. *Rep.* V. *Fief.*, sec. 2, § 7, y *Rente seigneuriale.*

constituída la enfiteusis del dominio directo del fundo dado por él en enfiteusis, no obstante que en conformidad de dichas leyes era considerado como propietario, si bien con las restricciones y las limitaciones que constituyen los derechos del enfiteuta.

Estas discusiones tuvieron eco también en el seno de la comisión que examinaba el proyecto del Código civil italiano cuando se trató de aplicar el principio de la redimibilidad aun á las enfiteusis constituídas mientras estaban en vigor las legislaciones anteriores (1). La redimibilidad, especialmente de la enfiteusis temporal establecida bajo el imperio de las legislaciones precedentes que consagraban como máxima de derecho la irredimibilidad, se ha demostrado con sólidos fundamentos no ser conforme á los principios de la justicia y al respeto debido á las derechos *contractuales* legalmente adquiridos.

Se ha objetado, con razón, que debiendo asegurarse una equitativa indemnización á los que habían de sufrir las consecuencias de la ley que declarase la liberación de la enfiteusis, era muy difícil determinar y fijar en límites justos y proporcionados dicha indemnización, según el período de tiempo que faltase por correr para que quedase terminada la duración de la suma que hubiere sido pactada á su constitución. Que, por otra parte, no se podía, contra la ley del contrato, obligar ni menos constreñir á contentarse con el precio de la redención al que dentro de pocos años habría de recobrar su fundo. Que el legislador no podía contra la voluntad del dueño sustituir el precio de la cosa por la cosa misma, y que de cualquier modo que se quisiera establecer la indemnización, no se evitaría por eso el despojo (2). Y por último, que las razones que militan para justificar la redimibilidad de las enfiteusis perpetuas no concurren en las temporales, las cuales, teniendo una duración limitada, no pueden dar lugar á graves

(1) Véanse las informaciones verbales. Sesión del 3 de Octubre de 1865.

(2) La ley sarda de 13 de Julio de 1857 restringe el rescate ó redención á sólo las enfiteusis perpetuas.

inconvenientes (1). Sin embargo, á pesar de todas esas consideraciones que han sido objetadas, prevalece la opinión de aquellos que quieren sea extensivo el derecho de rescate aun á las enfiteusis temporales.

No creemos acertado desechar en absoluto las razones económicas y sociales que han hecho adoptar el principio del rescate sin limitación alguna; pero consideramos como una expropiación sin la correspondiente compensación la redimibilidad de la enfiteusis temporal autorizada por la ley transitoria y como una violación de los derechos nacidos de un contrato, si bien es verdad que queriendo indemnizar los derechos del señor directo en todo lo posible, dispone el legislador que en las enfiteusis temporales puede recibir un aumento el capital que ha de pagarse por la redención, cuyo aumento, en el caso de no estar de acuerdo los interesados, debe ser fijado por la Autoridad judicial mediante una peritación y teniendo en cuenta todos los perjuicios que puedan ocasionarse al concedente ó señor directo, y que además debe pagarle el enfiteuta tres cuartos del laudemio en dichas enfiteusis temporales. Pero esto no puede decirse que sea suficiente en todos los casos.

190. Los derechos pertenecientes á aquel que era considerado como señor directo y los que corresponden al enfiteuta, deben ser determinados según la ley que estuviera vigente cuando fué constituída la enfiteusis. Esto sucede en cuanto al derecho de obtener el laudemio en el caso de transmisión del fundo enfitéutico, y de aquí que si cualquiera ley nueva dispusiera que no debe darse ninguna prestación al concedente por la transmisión del fundo, tal disposición no sería aplicable á las enfiteusis constituídas con anterioridad á su promulgación.

Del mismo modo debe regularse también la cuantía del laudemio, debido por el nuevo enfiteuta al concedente, en confor-

(1) Véanse las informaciones verbales de la Comisión. Sesión del 3 de Octubre de 1865.—Opinión de PRECERUTTI.

midad á lo que sobre el particular dispone la ley bajo cuyo imperio hubiere sido constituída la enfiteusis, y no con arreglo á la que estuviere vigente al tiempo de verificarse la transmisión.

191. Lo mismo debe decirse respecto del derecho de prelación perteneciente al *dominus* en caso de enajenación del fundo. Este derecho, lo mismo que todos los demás contractuales adquiridos y perfectos, debe ser respetado en las enfiteusis constituídas con anterioridad, aun cuando no fuese admitido por la ley nueva.

192. El derecho de pedir y obtener la devolución debe ser regulado también por la ley anterior. Sin embargo, si la ley nueva admitiese distintas causas de caducidad, no tenidas en cuenta por la legislación antigua, el *dominus* podría aprovecharse de los beneficios de las disposiciones de dicha ley nueva para pedir y obtener la devolución del fundo enfitéutico, siempre que esos motivos ó causas de caducidad de la enfiteusis establecidas de nuevo tuvieren lugar ó persistiesen después de haber empezado á regir dicha ley. Esto mismo sucede, por ejemplo, en el caso de deteriorarse el fundo, si este deterioro fuese considerado como una de las causas de caducidad por la ley nueva, aun cuando no la estimase como tal la legislación anterior (1).

En el supuesto, pues, de que el deterioro del fundo hubiese en este caso continuado después de la promulgación de la ley nueva, el señor directo podría exigir la devolución del mismo.

193. Para resolver cuáles sean las condiciones necesarias para que tenga lugar la caducidad de los derechos pertene-

(1) La ley francesa de 29 de Diciembre de 1790, publicada y puesta en vigor para los Estados de Parma el 11 de Agosto de 1808, á la cual se ajustan los artículos 21 y 22 de las disposiciones transitorias para la aplicación del Código de dicho país, no reconocía otros derechos de caducidad que aquellos que resultasen de los pactos expresamente consignados por las partes en el contrato en que hubiere sido constituida y dejó sin efecto todos los demás que tuvieran su origen en las leyes.

cientes al enfiteuta, así como, por ejemplo, para decidir si puede ó no utilizarse con pleno derecho la acción de caducidad por el solo hecho de la falta de pago del canon, ó si, por el contrario, fuere preciso para ello que preceda la interpelación judicial y la justificación de la mora, debe estarse á lo dispuesto en la ley bajo cuyo imperio hubiere sido constituída la enfiteusis, y no á lo que establezca la que estuviere vigente en el momento de promoverse el juicio. La razón en que esto se funda consiste en que la acción, y por lo tanto, el derecho, y el término dentro del cual debe ser ejercitada, y las condiciones sustanciales á que dicha acción se halla subordinada, han tenido todas ellas su origen en las relaciones contractuales nacidas con ocasión del contrato celebrado para la constitución de la enfiteusis, y, por lo tanto, deben ser regidas por la ley vigente cuando dichas relaciones hubieren tenido su existencia legal. En su virtud, si la enfiteusis fué constituída mientras estaba en vigor el derecho común, que subordinaba la acción de caducidad á la condición de la mora trienal (1), el concedente no podría privar de este beneficio al concesionario ó enfiteuta, ni pedir, por consiguiente, la devolución del fundo enfitéutico hasta que no hubiese transcurrido por completo el trienio.

En cuanto concierne á los derechos y obligaciones del enfiteuta, deben aplicarse también las disposiciones de la ley vigente al tiempo de constituirse la enfiteusis.

Así, para decidir si en el caso de venta queda ó no libre el enfiteuta de toda obligación personal para con el señor directo por lo que concierne al pago del canon, y lo mismo para apreciar si en el caso de devolución del fundo dado en enfiteusis puede ó no tener derecho el enfiteuta á la debida compensación por las mejoras que el mismo hubiere hecho, y en los demás casos que igualmente pudieran citarse, habrá de estar-

(1) P. 2, *Cod. de jure, emphyt.* (466).

se en todos ellos á lo dispuesto en la ley bajo cuya vigencia fuere constituída la enfiteusis.

194. Las disposiciones de la ley nueva deben, por el contrario, ser aplicadas para todo lo relativo á la conservación de los derechos derivados de la enfiteusis. Si en ella se dispusiera, por ejemplo, que el señor directo ó concedente tenía el derecho de hacer renovar el documento en que hubiere sido constituída la enfiteusis, ó si exigiera el requisito de la transcripción en el Registro, etc., etc., para todo esto debería regir la ley nueva, por hacer relación á las condiciones establecidas para la conservación de los derechos que nacen del contrato enfitéutico.

195. La prueba de dicho contrato, tratándose de enfiteusis antiguas, debe ser hecha con arreglo á la ley antigua también, y, por lo tanto, si la escritura no reuniese los requisitos exigidos por tal ley, deberán ser admitidos los demás medios de prueba equivalentes para justificar la constitución de la enfiteusis, siempre que el juicio se siga bajo el imperio del Código civil italiano.

196. El derecho de superficie es también un derecho real sobre cosa ajena que se puede adquirir mediante contrato. Innecesario es detenernos á examinar cuándo deben ser aplicadas respecto de este contrato la ley nueva ó la antigua, en el caso de ser distintas, para la regulación de las relaciones jurídicas entre el *superficiarius* y el *dominus soli*, porque las grandes analogías que existen entre el derecho de superficie y la enfiteusis, á pesar de tener por objeto ésta el suelo y aquél el subsuelo, hacen aplicables al derecho de superficie los principios ya expuestos respecto de la enfiteusis, sin que exista diferencia alguna entre ellos.

§ 3.°

De los privilegios y de la hipoteca.

197. Autoridad de la ley nueva respecto de la hipoteca como derecho real.—198. Constitución de la hipoteca.—199. No puede hacerse distinción alguna en cuanto á la hipoteca legal y la judicial.—200. Cosas susceptibles de hipoteca.—201. Hipoteca sobre bienes futuros.—202. Autoridad de la ley en cuanto á la extensión de la hipoteca.—203. Extensión de los bienes.—204. Regla acerca de los efectos de la hipoteca.—205. Requisitos para hacerla eficaz.—206. Disposiciones relativas á esta materia en la legislación italiana.—207.—Principios relativos á la conservación de la hipoteca.—208. Del derecho de prelación adquirido con arreglo á leyes anteriores.—209. La ley nueva puede regular el procedimiento de graduación y las relaciones entre las hipotecas antiguas y las nuevas.—210. De la reducción de las hipotecas.—211. Extinción de las hipotecas.

197. El derecho de hipoteca ó el peño en su más amplia significación, es aquel en virtud del cual puede el acreedor obtener sobre los bienes de otro la seguridad del pago de lo que éste le debiere; pero en este lugar solamente hemos de ocuparnos del peño en un sentido restringido, examinando aquel de sus aspectos del que se deriva un derecho real, y más especialmente del privilegio sobre los inmuebles y de la hipoteca que afectan directamente los objetos que nos son gravados para el pago del débito, y atribuyen al acreedor un derecho sobre las cosas.

De los principios expuestos en la teoría general relativa á los derechos reales adquiridos antes de la promulgación de la ley nueva se deduce que la hipoteca como derecho real debe ser como tal respetado, cuando hubiere sido legalmente constituída á tenor de la ley antigua, aun cuando sean distintas las disposiciones de la nueva legislación en cuanto al régimen de la hipoteca. Casi todos los escritores están, pues, de acuerdo en admitir que tanto la existencia jurídica de la hipoteca,

como las condiciones exigidas para su validez, y los efectos y extensión de la misma, deben ser reguladas con arreglo á la ley que estuviere vigente cuando fué constituída la hipoteca (1). La razón de este principio estriba en que el derecho del acreedor respecto de los bienes destinados al pago de una deuda constituída legítimamente bajo el imperio de una ley, debe ser considerado como un derecho adquirido y perfecto, y no podría ser violado por una ley nueva sin atribuir á la misma una injusta retroactividad.

198. Esta regla debe aplicarse sobre todo á la constitución de la hipoteca, ya tenga ésta su origen en la convención por medio de la cual fueren hipotecados en favor del acreedor los bienes del deudor, ya provenga de precepto expreso de la ley que, en consideración á ciertos hechos llevados á cabo bajo su imperio, conceda la hipoteca independientemente de la convención ó de sentencia judicial pronunciada contra el deudor.

199. Respecto de la hipoteca legal, podría tal vez pensarse á primera vista, que derivando dicha hipoteca de la ley, independientemente de la convención, puede sin retroactividad ser quitada ó modificada por el legislador, del mismo modo que por él fué concedida. Sin embargo, no sería esto exacto, porque la hipoteca legal es un derecho patrimonial perfecto, lo mismo que los que nacen de la convención, y como tal derecho adquirido, no puede ser violado por la ley nueva.

Bien estudiado el carácter de la hipoteca legal, preciso es reconocer que también ella depende de la tácita convención (2). En efecto, es verdad que dicha hipoteca se halla es-

---

(1) CHABOT, *Quest. transitoires (droits acquis)*.—ZACCARIA, introducción, § 80. —TROPLONG, *Hipotheques*, II, 630.—GRENIER, *Hypotheques*, I, 259.—BIANCHI, *Codice civile*, vol. 1.°—GABBA, *Della retroattività*, vol. 3.°, § 5.

(2) Los jurisconsultos romanos dijeron con razón que aun en la hipoteca legal existe un elemento convencional tácito.

Acerca de esto escribía Paolo: *Item quia conventiones etiam tacite valent placet in urbanis habitationibus locatis invecta et illata pignori esse locatori, etiam si nihil*

tablecida por la pública autoridad en interés del acreedor; pero indudable es también que siempre es consentida por el deudor como accesorio necesario y garantía de la obligación personal contraída por el mismo.

Por lo tanto, es un principio incontestable que la fuerza de la obligación, su naturaleza y los efectos inmediatos que de ella derivan deben ser regidos por la ley bajo cuyo imperio hubiese quedado perfeccionada dicha obligación. De aquí que las partes estén siempre obligadas á cumplir, no sólo aquello que fuere estipulado expresamente por ellas, sino además todas aquellas otras cosas que tácitamente formaron parte de su convención como derivadas de la ley bajo cuyo imperio se obligaron. *Lex enim altera est quasi natura, et in naturam transit.* Es claro, pues, que la hipoteca legal es por sí misma un derecho adquirido y perfecto lo mismo que los demás que tienen su origen en la convención.

Lo mismo debe decirse de la hipoteca judicial, la cual es un efecto inmediato de las sentencias y debe ser regida en su virtud por la ley que estuviera en vigor cuando fué dictada dicha sentencia y adquirido mediante ella el indicado derecho.

200. Para todo lo que se refiere á los bienes ó cosas susceptibles de peño ó de hipoteca debe regir también la regla antes expuesta, es decir, que todo debe depender en este punto de la ley bajo la cual fuere constituída la hipoteca. Así, pues, si la nueva ley excluyese ciertos bienes del número de los que pueden ser gravados con hipoteca, conservarían, sin embargo, toda su eficacia, aun después de promulgada dicha ley, las hipotecas que hubieren sido constituídas sobre tales bienes cuando estaba vigente la legislación anterior que los declaraba sus-

---

nominatim convenerit. L. 4, pr. De pactis (11,14) L. 4, pr. Dig. *In quibus causis pignus vel hipot. tacita contrahitur* (XX, 2) L. 7, pr. Cód. VIII, 15.

El jurisconsulto Neusantio expresa el mismo concepto en su tratado *De pignoribus et hypothecis:* «*Lex im omnibus tacitis hypothecis fingit pactionem et conventionem partium contrahentium, quamvis expressa non fuerit et es perinde ac si in verittate hypotheca illa fuisset constituta per conventionem.*»

ceptibles de hipoteca. Por el contrario, la hipoteca constituída sobre bienes no hipoticables según la legislación anterior no adquiriría eficacia *ab initio* si la ley nueva admitiese la hipotecabilidad de los mismos bienes sobre los que hubiese sido constituída. En conformidad por este principio debe considerarse eficaz la hipoteca del derecho de hipoteca constituído bajo el imperio del Derecho romano (1) aun después de la promulgación del Código civil italiano, el cual, considerando el derecho de hipoteca como un bien mueble, le ha declarado insusceptible de hipoteca (2).

Por el contrario, las hipotecas sobre naves, constituídas mientras estaba en vigor la ley que las declaraba no hipotecables, podría hacérselas valer después de promulgada la ley que considera á las naves susceptibles de hipoteca, pero no surtirán efecto sino desde el momento en que fuesen cumplidas las disposiciones de la nueva ley, toda vez que en dicho momento deben considerarse constituídas.

201. Por la misma razón, cuando la ley anterior admitiese la hipoteca sobre bienes futuros, debe ser respetado el derecho adquirido por el acreedor de extender la garantía real sobre todos los bienes del deudor, aun sobre aquellos que en el porvenir hubieran de entrar á formar parte de su patrimonio. Es cierto que en este caso no podría alegar en su favor el acreedor haber adquirido algún derecho real sobre cosas que no es-

---

(1) Según el Derecho romano, valía la regla «*Pignuspignori dari potest*», la cual ha sido entendida de diverso modo por los escritores y tratadistas. Algunos han afirmado que el derecho de hipoteca podía ser hipotecado, ARNDTS (Pand. § 367), LÖHR (Arch. XIV. 162) y SERAFINI (Instituciones de Derecho romano comparado con el Derecho civil patrio, V, 1, parte 1.ª, § 93, pág. 240). Otros, por el contrario, han entendido dicha regla en el sentido de que la cosa gravada por la hipoteca podía ser hipotecada por el acreedor. VALETTE, núm. 128, quest. 3. PONT, núm. 394. TROPLONG, núm. 407. SERAFINI considera esta discusión inútil y falta de fundamento. (Véase la nota 5.ª al § 367, y nota 2.ª, § 382 de ARNDTS.)

(2) Confr. art. 1967, Cód. civ.

taban todavía en el patrimonio de su deudor; pero no se puede desconocer que en efecto adquirió con arreglo á dicha ley el derecho perfecto de extender la garantía real de su crédito sobre los bienes que en lo futuro pudieran entrar en dicho patrimonio.

202. Los mismos principios deben ser aplicados también en cuanto al contenido y extensión del derecho de hipoteca. En su virtud, debe estarse á lo dispuesto en la ley vigente en el momento en que hubiere sido constituída la hipoteca, tanto para determinar la prioridad del crédito garantido por la misma, como para fijar los efectos de la hipoteca respecto del crédito para cuya seguridad fuere establecida, y por lo tanto, para determinar la extensión de los créditos garantidos con ella y resolver si alguno de dichos créditos debe ser comprendido ó excluído de la garantía, así como para decidir si ha de considerarse constituída para asegurar sólo el capital ó también los intereses todos ó únicamente la anualidad debida.

Esto mismo debe decirse respecto de las relaciones que la hipoteca hace nacer entre el propietario del inmueble gravado y el acreedor hipotecario, y por lo tanto, del derecho perteneciente al acreedor para impugnar é impedir ciertos actos por parte del propietario del inmueble y de la obligación que éste tiene de usar y disfrutar del inmueble hipotecado en los términos que establezca la ley bajo la cual hubiere sido constituída la hipoteca.

203. La extensión de los bienes sobre los cuales puede ejercer su acción la hipoteca legal, debe depender también de la ley de que traiga origen dicha hipoteca. Así, por ejemplo, para resolver si la hipoteca perteneciente á la mujer casada debe extenderse á todos los bienes que por cualquier título hubiere adquirido el marido durante el matrimonio, ó si, por el contrario, ha de limitarse únicamente á aquellos que el mismo estuviere poseyendo en el día de la celebración del matrimonio, habrá de aplicarse la ley bajo cuyo imperio se llevó éste á cabo y con arreglo á la cual fué concedida la hipoteca legal

citada. Deberá, pues, considerarse sin efecto la ley nueva que aumentase la extensión de los bienes sujetos á la hipoteca.

204. Debemos solamente hacer notar, en cuanto á los efectos de la hipoteca, que deben ser regidos por la ley anterior aquellos que dependen de la hipoteca y de las relaciones de derecho nacidas y perfeccionadas mientras estaba en vigor dicha ley; pero para las relaciones jurídicas nuevas, nacidas después de la promulgación de la nueva ley, pueden, sin retroactividad, ser aplicadas las disposiciones de la misma. Esto podría decirse, por ejemplo, respecto de ciertas relaciones entre las hipotecas antiguas y las nuevas.

Los principios hasta aquí expuestos han sido generalmente respetados en las legislaciones de los diversos países, y (1) salvas escasas excepciones, todas han considerado inviolables los derecho de hipoteca adquiridos con arreglo á las leyes anteriores.

El legislador italiano se ha ajustado también á las reglas sugeridas por la ciencia, sancionando en el art. 36 de la ley transitoria la siguiente disposición: «Los privilegios, las hipotecas y las prenotaciones competentes según las leyes anteriores, son conservados en conformidad á las mismas, observándose, sin embargo, las disposiciones establecidas con posterioridad.»

205. También debe regirse por la ley que estuviere en vigor al tiempo de constituirse la hipoteca, todo lo que concierne á la forma de los actos, mediante los cuales puede ser constituída, y á las formalidades ó requisitos exigidos para hacerla eficaz y conservar los derechos adquiridos á virtud de ella, entre los cuales está el grado y la prelación, y para decidir además si han sido decaídos ó no dichos derechos.

---

(1) Véase la ley belga de 16 de Diciembre de 1851 sobre disposiciones transitorias para la reforma del régimen hipotecario, y las leyes transitorias del ex Reino de Cerdeña, de 6 de Diciembre de 1837; del ex Ducado de Parma, de 4 de Enero de 1820, y del ex Ducado de Módena, de 1.° de Febrero de 1852.

No obstante esto, debe admitirse que el legislador pueda, sin pecar por ello de retroactividad, sujetar la conservación del derecho y su ejercicio á nuevas reglas y disposiciones con el propósito de conciliar los intereses del crédito y la seguridad de los derechos adquiridos sobre los inmuebles, con el respeto debido á las hipotecas constituídas con anterioridad.

Consecuentemente con esto, habiéndose introducido en las legislaciones modernas el sistema de publicidad de las hipotecas y adoptado nuevas reglas para la conservación y para el ejercicio de los derechos que de ella derivan, estas nuevas disposiciones han sido generalmente declaradas obligatorias aun para la conservación de las hipotecas anteriores á ellas.

La consecución de los beneficiosos efectos del sistema de absoluta publicidad y especialidad de las hipotecas, se hubiera ciertamente retardado por largo tiempo si no hubiesen sido hechas extensivas aun á las hipotecas anteriormente constituídas las nuevas formalidades prescritas para facilitar la contratación sobre bienes inmuebles, y para hacer más ciertos y más seguros los derechos y las garantías adquiridas sobre los mismos.

Es principio general de derecho transitorio que la conservación de los derechos anteriormente adquiridos puede ser sujeta á nuevas disposiciones, después de haber empezado á regir la ley nueva.

206. El legislador italiano, con el propósito de quitar todo motivo de duda ó de error en cuanto á esto, dispone en el artículo 37 de la ley transitoria lo siguiente: «Los privilegios y las hipotecas que, según las leyes anteriores, eran eficaces respecto de terceros, aun cuando no estuviesen inscritas, ó para cuya inscripción podía contarse con arreglo también á dichas leyes con un término útil que excediese del año siguiente al día de la promulgación del nuevo Código, deben ser inscritas dentro de dicho año para conservar su grado.»

Con esta disposición fué inmediatamente alcanzado el importantísimo fin que tendía á conseguir el sistema de publi-

cidad adoptado por el nuevo Código, puesto que ningún privilegio ni hipoteca era reconocido como eficaz después de la promulgación de dicho Código, si no fué seguido de la correspondiente inscripción, en la forma establecida en el mismo, dentro del año siguiente á contar desde la fecha en que empezó á regir el referido Código.

207. Por las mismas razones debe admitirse que el legislador puede, sin violar por ello los principios de la irretroactividad, sujetar á inscripción aun los privilegios respecto de los cuales no era necesario dicho requisito según las legislaciones anteriores, y del mismo modo puede someter también á tal obligación las hipotecas generales é imponer á las demás ya inscritas el deber de la reinscripción, á fin de que ésta se lleve á efecto en la forma establecida por la nueva ley, conminando á los favorecidos por ellas con la pérdida de sus derechos si no fuesen observadas y cumplidas de este modo las disposiciones de dicha ley. Otros muchos ejemplos podríamos citar, pero consideramos innecesaria su exposición, porque todos ellos han de regirse por la regla general ya indicada.

La razón legal de esto estriba en el principio con anterioridad ya expuesto de que todo lo relativo á la conservación de los derechos civiles adquiridos bajo el imperio de las leyes anteriores puede, sin embargo, ser sometido á las prescripciones de una nueva legislación.

Esto no obstante, debemos observar que si bien cuando las formalidades relativas á la publicidad de las hipotecas fueren modificadas por la nueva ley, puede el legislador sujetar á las disposiciones de ésta las hipotecas anteriormente constituídas, siempre que al sistema antiguo no se haya sustituído por completo otro distinto; no sucede esto, sin embargo, en el caso de haberse abrrogado por la nueva ley ciertas formalidades por inútiles, pues entonces no podrían las disposiciones de dicha ley ser aplicadas á las hipotecas anteriores sin incurrir en retroactividad, y adolecerían tales hipotecas de un evidente vicio de nulidad si no fuesen llenadas dichas formalidades á causa

de la inobservancia de los requisitos exigidos por la legislación vigente en el momento en que hubieren sido constituídas.

Haciendo aplicación de este principio á todas sus consecuencias, resulta que si con arreglo á la ley antigua fuese precisa para la eficacia de la hipoteca la renovación dentro de un determinado plazo y por una ley posterior se ampliase dicho término, no podrían ser aplicadas las disposiciones de esta última, á no incurrir en injusta retroactividad, para decidir acerca de la obligación impuesta por la ley para la renovación de las hipotecas y respecto del término dentro del cual debería cumplirse útilmente este requisito para que la hipoteca inscrita ya pudiera conservar el grado y los efectos propios de su originaria inscripción. No serían violados, sin embargo, los principios de la irretroactividad, si la ley nueva, al sujetar á nueva forma el requisito de la renovación, estableciese á la vez las reglas con sujeción á las cuales debería llevarse á efecto en las hipotecas respecto de las cuales no hubiese espirado todavía el término para su renovación con arreglo á la legislación anterior, y del mismo modo podría también en cuanto á las hipotecas que se hallasen en este caso prorrogar el término indicado; pero respecto de aquellas en que el término útil de la renovación hubiese vencido ya antes de estar en vigor la nueva ley, no podrían tener valor alguno las prescripciones de ésta á no dar á las mismas fuerza retroactiva, como queda ya dicho, aun cuando por ellas se prorrogase el referido término.

Siguiendo en este mismo orden de ideas, debe también admitirse que la ley nueva podría sin injusta retroactividad someter á la formalidad de la renovación á aquellas hipotecas que, según las leyes anteriores, estuviesen exentas de dicha obligación.

Con los mismos argumentos con que se ha demostrado que el legislador puede imponer el requisito de la inscripción á las hipotecas generales y á los privilegios constituídos bajo el imperio de leyes anteriores que les declaraban válidos y eficaces sin necesidad de tal requisito, se demuestra también que el le-

gislador puede justamente imponer la obligación de la renovación para las inscripciones anteriores que no estaban sujetas á dicha formalidad por las leyes que regían cuando tuvieron efecto. A pesar de ello, la ley transitoria italiana, proveyendo á esto, fija un término racional para la inscripción, reinscripción y renovación de las hipotecas anteriores, con objeto de no perjudicar los derechos privados.

208. En principios generales, los efectos de una hipoteca y las relaciones de derecho que de ella se derivan, deben ser regidos por la ley que estuviere en vigor al tiempo de ser constituída la misma; pero esto no puede excluir la aplicación de la ley nueva para ciertas relaciones de derecho, nuevas también, que hubieren nacido después de haber empezado á regir dicha ley.

Por consecuencia de esto, se debe reconocer que el derecho de prelación perteneciente á los acreedores hipotecarios en relación con los demás acreedores, debe ser regido por la ley vigente al tiempo de constituirse la hipoteca. La nueva ley tendrá, en verdad, fuerza para sujetar al cumplimiento de ciertas formalidades la conservación del grado y de los efectos de una hipoteca, pero de ningún modo podrá desconocer sin incurrir en injusta retroactividad los privilegios que pertenezcan á un acreedor respecto de los demás, con arreglo á la legislación que estuviera en vigor cuando fué adquirido el derecho de hipoteca.

En la ley transitoria italiana no ha sido observado, sin embargo, rigurosamente este principio, pues en ella no se sujeta á la inscripción en la forma establecida por el nuevo Código las hipotecas generales sobre bienes futuros. En efecto, en el art. 39 se dispone que la hipoteca que afecte á bienes futuros, con arreglo á las leyes anteriores, no adquirirá el grado ó los efectos propios de la misma, en cuanto á los que en lo sucesivo se vayan adquiriendo por el deudor, sino á medida que se inscriba la carga sobre los citados bienes, es decir, que se hacen depender los derechos y los efectos de tal hipoteca del hecho de la

inscripción. Con semejante precepto, se viene á privar al acreedor que á su favor tuviere una hipoteca sobre bienes futuros el grado ó los derechos atribuídos á dicha hipoteca por las leyes anteriores, en virtud de la inscripción general que las mismas autorizaban, y se ha concedido á ella un nuevo grado ó nuevos efectos en razón, no á la primitiva inscripción, sino á las que nuevamente se fueren llevando á cabo sobre los bienes sucesivamente adquiridos, y que, por lo tanto, sólo surtirán efecto desde la fecha en que tuvieren lugar.

No resulta, á nuestro juicio, justificado que el acreedor que, según la ley anterior, tenía un derecho de prelación sobre los demás acreedores posteriores, en virtud de la hipoteca general sobre bienes futuros, pueda ser pospuesto de este modo á aquellos que habiendo sido más diligentes que él le hayan precedido en la inscripción de los bienes adquiridos con posterioridad por el deudor común, pues, teniendo en cuenta que el grado forma parte integrante de la garantía real sobre los bienes del deudor constituída por la hipoteca, necesario es reconocer que la ley nueva que de cualquier modo quita al acreedor el derecho de prelación, viene á privar á éste de un derecho legalmente adquirido bajo el imperio de la legislación anterior.

209. Se puede solamente admitir que la ley nueva regule el procedimiento de graduación entre las hipotecas inscritas estando en vigor la legislación anterior, y las que lo fueren después de la promulgación de aquélla. Como estas relaciones no conciernen al grado, pueden caer perfectamente bajo el imperio de la ley nueva, siempre que no deba ser considerada la nueva inscripción como consecuencia de la convención hipotecaria ó de la hipoteca constituída, sino como una consecuencia jurídica nueva, no tenida en cuenta por la ley antigua y sí por la nueva. Esto sucedería, por ejemplo, en el caso de la subrogación hipotecaria sancionada por la ley nueva.

Para esclarecer esta nuestra opinión, conviene indicar

la cuestión que surgió en Italia al tratarse de aplicar el artículo 2011 del nuevo Código civil, que trata de la subrogación hipotecaria. Dicho artículo se refiere al caso en que un acreedor que tenga debidamente inscrita á su favor una hipoteca sobre varios bienes, en vez de dividir su acción hipotecaria entre todos ellos, la ejercite únicamente contra uno solo, sobre el cual tuviere á su vez inscrita hipoteca algún otro acreedor posterior. El legislador supone en este caso que el precio del inmueble sea aplicado íntegramente para solventar el crédito del acreedor ejecutante, y que en su consecuencia quede frustrada la hipoteca del acreedor posterior por insuficiencia del inmueble afecto á ella, y dispone que en tal caso este acreedor que se encuentra falto de su garantía real se subrogue en la hipoteca perteneciente al primero en cuanto á los otros bienes hipotecados al mismo, y que puede hacer tomar la correspondiente anotación al efecto de ejercitar la acción hipotecaria sobre dichos bienes, conservando el grado de su propia inscripción respecto de los acreedores posteriores á él.

El concepto jurídico de la subrogación legal hipotecaria con arreglo á la disposición citada, es considerar todos los bienes gravados por la hipoteca como objeto común del derecho real hipotecario de los diversos acreedores y casi como codeudores solidarios y principales; de modo que, haciendo abstracción del origen del crédito y de la posesión de los bienes citados, el débito hipotecario se divide entre los inmuebles dados en garantía, y si alguno de ellos pagase el todo, tendrá acción para repetir contra los demás hasta llegar al último fundo, para poner así á todos los acreedores hipotecarios en situación de ejercitar su derecho hipotecario en concurrencia entre sí y sin que sea alterado su respectivo orden de prelación.

Esto sentado, entendemos que la disposición citada del nuevo Código debe ser aplicada también en la hipótesis de la concurrencia de dos acreedores, uno de los cuales hubiese suscrito su hipoteca estando en vigor la ley antigua, que, como es sabido, no admitía la subrogación legal hipotecaria, y el

otro después de haber empezado á regir el nuevo Código. En efecto; éste, con dicha disposición, no ha hecho otra cosa que regular ciertas consecuencias jurídicas que pueden ser materia del procedimiento para la realización del derecho hipotecario, y ha procurado que no vinieran á menos las garantía reales ni fuesen menoscabados los derechos de prelación concedidos por la ley, y de aquí que haya establecido con tal objeto la subrogación entre los distintos acreedores.

Cuando la concurrencia se verifica entre acreedores cuyas hipotecas hubieren sido constituídas todas ellas antes de la promulgación del nuevo Código podría surgir alguna duda, pero ésta habría también de ser resuelta en el mismo sentido, en consideración á que en suma las subrogaciones legales deben ser reguladas según la ley vigente en el momento en que se verifica el hecho de que traen origen, y á que los derechos accesorios y los eventuales concedidos por la ley nueva deben ser reconocidos á favor de todos aquellos en quienes concurren las circunstancias por virtud de las que son concedidos tales derechos. Por el contrario, ninguna duda puede ofrecerse en el caso de que la hipoteca posterior hubiere sido inscrita después de estar en vigor la nueva ley, porque de ningún modo sería dado negar al acreedor citado el derecho de aprovecharse de cuanto en su favor dispone la ley bajo cuyo imperio fué constituída su hipoteca.

Por otra parte, necesario es considerar además, que las relaciones entre las hipotecas antiguas y las nuevas pueden ser regidas por la ley nueva, y que cuando un legislador ha procurado con nuevas disposiciones hacer más eficaz la garantía real con arreglo á justicia y á la equidad, pueden aprovecharse también de dichas disposiciones aquellos que tengan adquiridos ya tales derechos de garantía bajo el imperio de leyes anteriores á ellas.

210. El derecho de pedir y obtener la reducción de las hipotecas debe, por regla general, ser regido por la ley bajo cuyo imperio fuese constituída la hipoteca.

Por lo tanto, si el deudor hubiese adquirido el derecho de hacer restringir la hipoteca á una parte de los bienes indicados en la inscripción y concurriesen las circunstancias establecidas por dicha ley para obtener tal reducción, este derecho habría de ser respetado del mismo modo que cualquiera otro derecho adquirido. Y por el contrario, si no fuese admisible según dicha ley la demanda de reducción ni respecto de la cuantía de los bienes ni en cuanto á su importe cuando la una ó el otro hubiese sido determinado por convención ó por sentencia, no sería aplicable la ley nueva que admitiese la reducción de dichas hipotecas. La reductibilidad ó irreductibilidad en uno ó en otro caso afectaría á la sustancia del derecho por que habría de reflejarse en la extensión de la garantía real, y la ley nueva no puede restringir el contenido y cuanto concierne á la sustancia de dicha garantía.

Si la nueva ley admitiese un nuevo caso ó una nueva causa de reducción no tenido en cuenta por la legislación anterior, no podría negarse el derecho de invocar las disposiciones de dicha ley para pedir la reducción á aquellos deudores hipotecarios cuyas hipotecas hubieren sido constituídas con anterioridad á la promulgación de la misma. La ley nueva, en efecto, debe respetar el derecho perfecto adquirido, y por esto hemos dicho ya que si el acreedor hubiese adquirido al tiempo de publicarse la nueva disposición el derecho perfecto de hipoteca irreductible, bien por convención, bien por expresa disposición de la ley, no podría sin injusta retroactividad ser privado de ese derecho legítimamente adquirido; pero si sólo hubiese llegado á adquirir un derecho de hipoteca general é indeterminado y el deudor no pudiera pedir la reducción únicamente por la falta de una disposición legal en que fundar su demanda, esto no podría servir de fundamento á un derecho perfecto del acreedor para impedir al deudor el goce de las nuevas disposiciones.

Hemos dicho ya en otra ocasión, que la falta de una disposición legal no puede ser fundamento de un derecho perfecto

y adquirido, y esto explica cuanto dejamos indicado respecto de este extremo.

211. La extinción de la hipoteca puede ser consecuencia de la extinción del crédito garantido por ella, y es evidente que dicha extinción, como accesoria que es, debe ser regida por las mismas reglas que la extinción de la obligación principal. Cuando dependiese de un nuevo hecho jurídico, deberá también regirse por la ley que estuviere vigente en la ocasión en que dicho acto nuevo hubiere tenido lugar. También puede extinguirse la hipoteca de la misma manera que cualquiera otro derecho real puede quedar extinguido como tal, y para la resolución de las cuestiones á que esto diere lugar, convendrá tener en cuenta los principios que regulan dichos derechos.

La hipoteca se extingue igualmente por la prescripción, y en el capítulo siguiente veremos cómo deben ser aplicadas la ley nueva y la antigua en consideración al tiempo en que la prescripción hubiere comenzado ó venga á quedar terminada.

§ 4.º

De la prescripción.

212. Generalidades sobre la prescripción como modo de adquirir el dominio y como medio de perderlo.—213. Cómo debe aplicarse á ellas la ley nueva. —214. No concurren los elementos de los derechos adquiridos en las prescripciones que estuvieren en curso. Consecuencias de esta regla.—215. Ley nueva que abrevie el término de la duración de la prescripción.—216. Ley nueva que establezca nuevas causas de suspensión ó de interrupción del lapso de la misma.—217. Disposiciones relativas á la prescripción en la legislación francesa y en el Código civil italiano.

212. La prescripción, tal como es entendida en la legislación moderna, comprende dos distintos aspectos: uno, la prescripción activa ó *adquisitiva*, propiamente dicha, prescripción que corresponde á la usucapión romana, y la prescripción pasiva ó *extintiva*, llamada así, en cuanto es también modo de per-

der el derecho. El legislador italiano ha seguido en este punto el ejemplo de Justiniano, que reunió bajo el mismo título á una y otra; pero esto no quita ni puede quitar las diferencias sustanciales que entre ellas existen, tanto acerca del objeto á que obedece cada una, cuanto respecto de la verdadera naturaleza é índole jurídica de las mismas.

La prescripción activa ó *adquisitiva*, no puede tener por objeto más que los bienes inmuebles incorporales ó los derechos de servidumbre, y es un medio para consolidar el derecho de propiedad ó el de servidumbre, mediante la posesión revestida de ciertas formalidades y continuada por un determinado lapso de tiempo, ó bien para libertar del mismo modo á los bienes inmuebles de las cargas ó gravámenes reales con que estuvieren gravados. Se halla, pues, establecida para hacer estable y segura la propiedad de las cosas, y es eficaz contra cualquiera, constituyendo al mismo tiempo una acción y una excepción.

La prescripción *extintiva* puede servir únicamente para contrarrestar ó detener la acción que perteneciera á aquel que por cierto tiempo no ejercitó el derecho á que se refiera dicha acción, ó que descuidó ó abandonó el ejercicio de la misma, y tiene el verdadero y propio carácter de una excepción. Esta prescripción es, pues, eficaz contra toda clase de derechos y de acciones, y se halla establecida para garantizar el patrimonio de los que fueren perturbados en el goce del mismo, por los cuales puede ser utilizada para detener la acción intentada con ellos.

En este lugar deberíamos ocuparnos solamente de la prescripción *adquisitiva* ó usucapión, la cual verdaderamente no puede considerarse como un modo de adquirir directamente la propiedad de las cosas, sino como un medio para convalidar una adquisición anterior ó que se supone preexistente. Sin embargo, como las reglas de derecho transitorio son comunes á la usucapión y á la prescripción *extintiva*, habremos de referirnos también á esta última para evitar repeticiones.

La prescripción *adquisitiva* ó usucapión, no produce su

efecto sino cuando hubiere sido terminada con arreglo á las condiciones determinadas por la ley. Así, pues, si durante el lapso del tiempo fijado como necesario para completar la prescripción, cambiasen las disposiciones legales que rigieren esta materia, surgiría naturalmente la cuestión de si podía completarse y terminarse definitivamente la prescripción en la forma establecida por la ley bajo cuyo imperio había sido comenzada, ó si debía, por el contrario, sujetarse en un todo á la norma sancionada por la ley nueva.

213. Para resolver esta cuestión, si quieren aplicarse los principios generales de derecho transitorio, hay que reconocer que la prescripción adquisitiva no hace nacer ningún derecho perfecto á favor del poseedor hasta que haya espirado por completo el período de tiempo exigido para prescribir. En su virtud, mientras la prescripción está corriendo y no ha transcurrido aún dicho término, si cambiase la legislación reguladora de esta materia, la ley nueva debe sujetar á su imperio dicha prescripción y las condiciones para llevarla á efecto, toda vez que ella debe únicamente respetar los derechos perfectos adquiridos antes de empezar á regir, y no puede reputarse tal la prescripción que aun no hubiere sido terminada, por no haber vencido todavía el plazo fijado para prescribir.

En efecto; las relaciones entre el poseedor y la cosa poseída, que empiezan á estar bajo la autoridad de una ley que sanciona este medio de adquirir, y lo mismo la posesión continuada por el transcurso no interrumpido del tiempo, no son más que actos preparatorios para dicha adquisición de dominio, la cual sólo llega á ser perfecta cuando el término de la prescripción hubiere sido vencido. Hasta este momento todo puede ser reducido á la nada, mediante un acto cualquiera del verdadero propietario que interrumpa la pacífica posesión tenida por el prescribiente, y claro es, por lo tanto, que debiendo regular la ley nueva la adquisición de todos los derechos desde el momento en que empezare á regir, tiene que sujetar á sus preceptos las prescripciones que estuvieren á la sazón en curso, por-

que todavía no constituyen ni producen un derecho perfecto adquirido, y solamente deberá respetar dicha ley las que hubieren quedado terminadas ó consumadas antes de entrar en vigor, aun cuando sus disposiciones hubiesen modificado las reglas relativas á la adquisición por medio de la prescripción.

Lo mismo debe suceder respecto de la prescripción *extintiva*. Algunos han creído que dicha prescripción tenía que ser regida por la ley bajo cuyo imperio hubiere nacido la obligación. En apoyo de esta opinión se ha dicho, que tanto vale la obligación jurídica, cuanto el derecho que al acreedor corresponde para exigir y obligar al deudor al cumplimiento de la prestación, y de aquí que siendo correlativa con la fuerza de la obligación la duración de la obligación para exigirla, podría considerarse como un derecho adquirido en virtud de la ley que estuviere vigente al tiempo de nacer el *vinculum juris*, el de prescribir dicha acción por el transcurso de tiempo fijado en la misma, por cuyo motivo han sostenido los tratadistas citados que tenía que ser regido este derecho de prescripción por dicha ley (1). Esto, sin embargo, no es exacto por la *facultad* perteneciente al acreedor de ejercitar ciertas acciones con arreglo á determinadas condiciones establecidas por la ley bajo cuyo imperio nació la obligación á que dichas acciones se refieren; no puede ser considerada como un derecho perfecto, si dichas acciones no hubieren sido ejercitadas antes de que la ley nueva modificase las reglas fijadas en la legislación ante-

---

(1) Confr. DURANTON, *Droit civil*, vol. 1.°, núm. 69, el cual dice que las partes contratantes han debido tener también en consideración la eventualidad de la extinción del crédito ó del derecho bajo las condiciones establecidas por la ley con arreglo á la cual se obligaron. También PROUDHON consideró la prescripción como parte integrante del derecho adquirido por virtud de la convención, y aun como derecho adquirido el de prescribir la acción por el transcurso del tiempo; y de todo ello deduce que la ley nueva no podría, sin tener efecto retroactivo, reducir el ejercicio de ese derecho existente y eficaz desde luego, puesto que un derecho de tal naturaleza debe reputarse adquirido para toda su extensión y duración.—*Droit civil*, vol 1.°, pág. 41.

rior para el ejercicio de las mismas. Por lo tanto, una vez modificada dicha legislación, las partes no podrían tener la pretensión de que hubiera de considerarse para ellos como un derecho adquirido la continuación del estado de derecho creado por la legislación anterior.

214. De lo expuesto resulta que las prescripciones que estuvieren en curso y no hubiese espirado aún el plazo fijado para las mismas á la fecha de la promulgación de una ley nueva, no reunen los elementos constitutivos y precisos de todo derecho adquirido, y por esto deben aplicarse respecto de las mismas las nuevas disposiciones legales, aunque éstas anulen y dejen sin efecto dichas prescripciones ó las sometan á nuevas condiciones, sin que por ello pueda considerarse vulnerado el principio de la no retroactividad de las leyes.

Haciendo aplicación de esta regla, que ha sido aceptada en teoría por la mayor parte de los escritores (1), se deduce que la ley nueva deberá ser aplicada para decidir si debe ó no admitirse y surtir efecto la prescripción, en el caso de suscitarse duda sobre ello por la diversidad de legislación entre el momento en que ésta tuviera principio y el en que hubiese de quedar terminada, de no haber sufrido modificación alguna en este punto el derecho vigente en aquella época. Así, pues, si una ley nuevadeclarase imprescriptibles las cosas que antes eran susceptibles de prescripción, sus disposiciones valdrían para quitar todo efecto jurídico á la posesión que hasta entonces hubiese sido mantenida quieta y pacíficamente con el propósito de llevar á cabo la prescripción. Y cuando la ley nueva declarase prescriptibles aquellas cosas que con arreglo á la legislación anterior no podían ser prescritas, sus disposiciones

(1) Confr. Zaccaria, *Dr. civ. fr. Introd.*, § 30.—Demolombe, *Dr. civ.*, vol. I, § 61.—Marcadé, § 57.—Savigni, *Droit romain*, vol. VIII.

Pacifici-Mazzoni, vol. I, § 49.—Bianchi, *Diritto civile*, § 133 y siguientes.—Merlin, *Rep.*, véase *Prescription*, sec. I, § 3, núms. 8-10.—Laurent, *Dr. civ.*, vol. I, § 233.—Gabba, *Teoría de la retroat.*, vol. I.

no surtirán el efecto de hacer eficáz y aprovechable, para el efecto de la prescripción, la posesión que con anterioridad á ella hubiere sido tenida, y sólo pueden conceder efectos jurídicos para la prescripción á la que fuere llevada á cabo con los requisitos legales después de su promulgación.

Con arreglo á dicha ley, debe determinarse también en iguales circunstancias, cuáles sean los derechos prescriptibles y cuáles los imprescriptibles, y únicamente debe admitirse que no pueda anular la ley nueva el derecho de propiedad ya adquirido mediante la prescripción, cuando ésta hubiere tenido ya efecto antes de modificarse la legislación anterior, aun cuando por dicha ley nueva se declarasen imprescriptibles los bienes ganados por ese medio. Así, por ejemplo, en Italia los poseedores de los bienes del Patrimonio, declarados como tales imprescriptibles por el nuevo Código, pero que con arreglo á la legislación anterior podían ser adquiridos por prescripción, tienen un indisputable derecho para oponer con fundamento la excepción de prescripción, si hubieran llegado á ser prescritos dichos bienes antes de la promulgación del expresado Código. Lo mismo sucede respecto del ex Ducado de Milán, donde, según las antiguas constituciones, eran prescriptibles los bienes indicados y los derechos menores de regalía, como los de peaje y otros semejantes, cuyo dominio debe ser respetado si la propiedad de los mismos hubiese sido adquirida por medio de la prescripción antes de estar en vigor la moderna legislación.

La ley nueva deberá regular igualmente los requisitos exigidos para ser eficaz la prescripción. Por lo tanto, la omisión de cualquiera de los nuevamente establecidos por dicha ley sería un obstáculo para que surta efecto la prescripción, si su falta hubiera tenido lugar después de la promulgación de los nuevos preceptos legales, aunque se trate de una prescripción comenzada bajo el imperio de una legislación anterior que no exigiese tal requisito.

La ley nueva que ampliase el término fijado para prescribir,

deberá aplicarse también á las prescripciones que á la sazón estuvieren en curso, y producirá el efecto de prolongar respecto de ellas el lapso del tiempo necesario para la prescripción. Lo mismo sucederá si la ley nueva estableciese nuevos modos ó motivos de interrumpir ó de suspender el referido término.

215. Solamente en la hipótesis de que la ley nueva abreviase la duración de dicho término, podría encontrar alguna dificultad la aplicación de la regla antes indicada, y todos los escritores lo han reconocido así. En efecto; si en dicho supuesto se aplicase la nueva legislación á las prescripciones que ya estuvieren en curso al tiempo de su promulgación, y se considerase suficiente para el efecto de prescribir la posesión por ese período de tiempo más breve respecto de aquellas cosas para las cuales exigía la ley antigua el lapso de un término mayor, se daría el absurdo jurídico de tener que considerar completa ó eficazmente terminada la prescripción si en el momento de empezar á regir dicha legislación hubiese transcurrido ya el plazo fijado por la misma, y el resultado sería que se había consolidado la propiedad en favor del prescribiente con perjuicio de aquellos dueños que tenían derecho á destruir los efectos de la prescripción por un período de tiempo mayor, según el orden de derecho existente cuando empezó á surtir efecto el hecho de la posesión.

Para evitar este absurdo, algunos han propuesto que se considerase como no transcurrido el tiempo que se hubiere estado poseyendo en las prescripciones que se hallaren en curso al promulgarse dicha ley, y se obligara á los que quisieran prescribir á empezar de nuevo la prescripción con arreglo á la ley nueva para llevarla á cabo en el término establecido por ella. Pero entendemos que no es oportuna ni acertada esta solución, porque podría producir un inconveniente no menos grave que el que se trataba de salvar, pues si faltase poco tiempo para completar el término exigido para la prescripción en la legislación antigua, vendría á aumentarse de hecho la duración del

mismo, toda vez que para nada había de tenerse en cuenta la posesión anterior á la nueva ley, y había de poseerse de nuevo por todo el tiempo fijado en la misma las cosas que hubieran de prescribirse.

El mejor temperamento es, pues, el adoptado por Savigny; esto es, dejar en libertad al que quiera prescribir para terminar el lapso de la posesión con arreglo á la ley antigua, ó volver á comenzarlo en armonía con los nuevos preceptos, según que uno ú otro medio le fuere más ventajoso.

216. Cuando la ley nueva admitiese nuevos modos ó motivos para suspender ó interrumpir la prescripción, deberán aplicarse también sus disposiciones á la prescripción que estuviere en curso á la fecha de su promulgación, siempre que la nueva causa de suspensión no se hubiere consumado antes; pero habrá de reputarse subsistente dicha prescripción por todo el tiempo transcurrido mientras regía la legislación anterior que no admitiera tal causa de suspensión, y sólo deberá considerarse suspendida á partir del momento en que empezó á regir la nueva ley.

Por el contrario, si ésta declarase que en adelante no suspendiere el lapso del término de la prescripción algún hecho que antes surtiera tal efecto, habría que considerarle suspendido por todo el tiempo anterior, en que, según la legislación entonces vigente, podía aquel hecho suspender la prescripción, y volvería á empezar su curso la posesión desde el día de la promulgación de la ley nueva.

En cuanto á los actos que pueden interrumpir la prescripción, debe estarse á las disposiciones de la ley nueva en aquellos que quedaren terminados después de estar en vigor ésta, y á las de la legislación anterior en los que lo hubieren sido antes de empezar á regir la misma.

217. Estas reglas, que lógicamente se derivan de los principios generales de derecho transitorio, no han sido, sin embargo, aceptadas por las legislaciones positivas, las cuales se han apartado en este punto de los preceptos de la ciencia. En efec-

to, la legislación francesa, que sirvió después de modelo á otras muchas, estableció en el art. 2281 del Código la siguiente disposición:

«Las prescripciones comenzadas á la época de la publicación del presente título (25 de Marzo de 1804), serán reguladas en conformidad á las leyes anteriores.

»Esto no obstante, las prescripciones empezadas ya y para cuya terminación faltaran aún, según las antiguas leyes, más de treinta años, á contar desde la misma época, quedarán completas por el lapso de treinta años.»

Unicamente fué excluída en absoluto la aplicación de las leyes anteriores, en cuanto á la prescriptibilidad de las servidumbres continuas no aparentes y de las discontinuas aparentes ó no aparentes, respecto de las cuales dispuso el legislador francés en el art. 691, que dichas servidumbres no podían en adelante ser constituídas más que mediante un título eficaz, no siendo suficiente á suplirlo la posesión inmemorial; y que las constituídas por medio de la posesión sólo podían ser reconocidas y estimadas como válidas en aquellos países en que este medio fuese eficaz para su adquisición, á pesar de que las leyes anteriores establecieran lo contrario.

El criterio aceptado por la legislación francesa, aun cuando no es conforme á los principios científicos, según se ha reconocido (1), fué adoptado después por los demás países con pocas

(1) Los Tribunales italianos han estimado generalmente que la regla sancionada en el art. 47 no es conforme á los principios de la ciencia del derecho, ni á los de la equidad (Cass. de Turin, 6 Abril 1872; Pellegrini, *Monit. dei Tridi Mil.*, XIII, 389, Ancona 24 Abril de 1875; Biagini, *Legge* XV, 1, 722). Por eso en los casos en que se ha podido considerar que no había expresa disposición legal, han resuelto la cuestión con arreglo á los principios del derecho común. En su virtud, han fallado que las prescripciones incoadas en los Estados ex pontificios, mientras regía la legislación francesa no podían terminarse más que en conformidad con la ley pontificia, y debían, por lo tanto, reunir todos los requisitos exigidos por dicha legislación; pues no habiéndose dispuesto nada en los *motu proprii* Piano y Leonino respecto de las

excepciones, y aun en Italia tuvo confirmación en el artículo 47 de las disposiciones transitorias, que dispone lo siguiente:

«Las prescripciones comenzadas antes de la promulgación del nuevo Código, son reguladas por las leyes anteriores.

»Esto no obstante, las prescripciones empezadas antes de dicha promulgación, y para las cuales, según las leyes anteriores, se exigiese aún un período de tiempo mayor del fijado por el nuevo Código, se completan por el transcurso del tiempo establecido en él, computándose éste desde la promulgación del mismo.»

Creemos oportuno observar, que en teoría deben aplicarse unos mismos principios, tanto á la prescripción *adquisitiva*, como á la *extintiva*, y salvo el caso de que la legislación transitoria no haya ordenado que se sujeten á norma distinta, deben del mismo modo aplicarse igualmente á una y á otra las reglas establecidas por el legislador.

---

prescripciones comenzadas bajo la legislación francesa, debian seguir las reglas del derecho común.

Cass. de Turin, 6 Abril 1872 citada, y Perugia, 24 Octubre 1881; Spolleti, *Foro it.*, 1881, 1, 1000.

CAPÍTULO VII

De la sucesión

218. De la sucesión.—219. De los herederos y sucesores.—220. Adquisición de la herencia: influencia de las leyes nuevas relativas á esta materia.—221. Idea general de las cuestiones de derecho transitorio en materia de sucesión.

218. La sucesión, en el significado más extenso de esta palabra, denota la transmisión de la totalidad ó de una parte del patrimonio del difunto á las personas á quienes es concedido éste por la ley ó por la voluntad del testador.

El patrimonio comprende la totalidad de los bienes pertenecientes al difunto, y considerándole bajo este punto de vista, abstracción hecha de los elementos de que se compone, es una universalidad de derecho, un todo jurídico; es la misma personalidad del hombre en relación con los diversos objetos de sus derechos, no excluyendo aquellos que á causa de su misma naturaleza, ó por una disposición de la ley deben ser considerados de tal modo inherentes á la persona, que no son susceptibles de ser transmitidos á otro.

Pero el patrimonio en cuanto á la sucesión significa solamente aquello que es inherente á la persona y que, por lo tanto, es susceptible de ser transmitido á los herederos; y se denomina herencia. El derecho de transmitirlo en todo ó en parte, considerado en relación á la persona que le transmite, se deriva del derecho mismo de propiedad del patrimonio á él perteneciente; y estimado por parte de los llamados á suceder, tiene

su origen, ó en la ley, ó en la disposición del difunto. Esta disposición es hecha ordinariamente mediante testamento, que es por sí mismo un acto revocable hasta la muerte de aquél de quien dimana; pero según ciertas legislaciones, puede ser establecida también mediante convención ó pacto sucesorio, ó institución contractual. De lo que se deduce, que el derecho á suceder puede ser legítimo, testamentario, ó convencional.

219. A las personas llamadas por la ley ó por la voluntad del hombre á recoger la herencia, se les designa con la palabra genérica de sucesores; y los derechos á ellos pertenecientes, son llamados derechos sucesorios ó derechos hereditarios.

Estos derechos llegan á ser perfectos en el momento de la muerte del *de cujus*, ó sea del causante de la sucesión, porque entonces se abre ésta y tiene lugar la delación de la herencia. Aun en aquellos casos en que los derechos hereditarios traen su origen de los contratos sucesorios, cuando éstos son permitidos por la ley, no vienen á ser efectivos hasta que ha ocurrido el fallecimiento de la persona á quien ha de heredarse, que es la condición á la cual se hallan siempre subordinados tales derechos. Sin embargo, si bien es preciso reconocer que el derecho á la herencia está sujeto á la condición de la muerte del causante, puede, no obstante, considerársele adquirido desde el instante mismo en que fuere terminado el pacto sucesorio. Por separado hablaremos de la sucesión convencional que tiene una naturaleza especial y distinta, y nos limitaremos al presente á la legítima y á la testamentaria.

220. Los bienes que constituyen la herencia no pasan real y efectivamente del patrimonio del difunto al del heredero, hasta que tenga lugar la adquisición de la herencia. Esta puede verificarse *ipso jure* en el momento mismo del fallecimiento, si en la ley vigente entonces se estableciere que la posesión y propiedad de la herencia pase de pleno derecho al heredero del difunto al abrirse la sucesión; pero puede también ser subordinada á la condición de la aprehensión, ó sea *á la adición*. Conviene, sin embargo, advertir, que aun en el primero de di-

chos sistemas, por más que la herencia se considere adquirida por el heredero *ipso jure* ó por ministerio de la ley inmediatamente después de la muerte del causante, puede aquél hacer cesar todos los efectos de dicha adquisición mediante la renuncia de la herencia.

Este beneficio de la renuncia debe ser considerado siempre como un derecho accesorio adquirido con el derecho principal, ó sea el derecho á la herencia, en el momento mismo en que éste quedare perfecto, lo que debe tenerse muy en cuenta para determinar cuál pueda ser el efecto de una ley nueva promulgada ó puesta en vigor en el tiempo que mediare entre la apertura de la sucesión y la aceptación ó renuncia de la herencia.

En el sistema de las legislaciones que admiten el principio francés *le mort saisit le vif*, la apertura de la sucesión, así como la adquisición de la herencia *ipso jure* y el derecho de poder ejercitar las acciones sucesorias adquiridas con la sucesión, abierta en su beneficio mediante la aceptación expresa ó tácita, ó de renunciar al ejercicio de ellas por la renuncia de la herencia, son derechos que nacen todos ellos en un mismo acto, y deben, por lo tanto, regirse tales relaciones jurídicas por una misma ley, cual es la que estuviera vigente al tiempo de la muerte del causante, porque bajo el imperio de ella quedaron perfectos dichos derechos.

Cualquiera modificación legislativa que tuviere lugar en el tiempo transcurrido entre el momento de la muerte y aquel en que el heredero aceptase ó renunciase la herencia, será, pues, completamente indiferente respecto á los derechos sucesorios pertenecientes á dicho heredero, y la ley nueva sólo podrá ejercer su influjo en lo relativo á la forma de la aceptación y de la renuncia, al valor y efectos de ciertos actos equivalentes á ellas, y á la determinación de ciertos efectos eventuales que de la aceptación ó de la renuncia pueden surgir respecto de los coherederos entre sí ó con relación á terceras personas.

221. Las principales dificultades en esta materia, bajo el

punto de vista del derecho transitorio, pueden nacer en el sistema seguido por algunas legislaciones de hacer depender la adquisición de la herencia de la adición formal ó de la aprehensión, cuando fuese abierta la sucesión bajo el imperio de dicha disposición legal y se reformara la misma antes de haberse verificado la adquisición de la herencia por medio de la aprehensión.

Respecto de los derechos hereditarios concedidos por testamento, surgen también algunas dificultades al determinar cuándo debe ser aplicada la ley vigente al tiempo de otorgarse el testamento, con arreglo á la cual fueron concedidos los derechos hereditarios mencionados, y cuándo deba regir la legislación que estuviere en vigor á la fecha en que fué abierta la sucesión ó en la que se ejercitaren los derechos hereditarios adquiridos en virtud del testamento.

Finalmente, en cuanto á los pactos sucesorios, en el caso de ser reconocidos por la ley, hay necesidad también de investigar si deben ser regidos los derechos á la herencia, adquiridos mediante convención, por la ley bajo cuyo imperio fuere terminado el contrato ó el pacto sucesorio, ó si debe aplicarse la que estuviere vigente en el momento de la apertura de la sucesión.

Para resolver todas estas cuestiones nos ocuparemos por separado de cada una de las diversas formas de sucesión.

§ 1.°

De la sucesión legítima.

222. Ley que debe aplicarse para regular los derechos de los herederos legítimos.—223. La sucesión legal del cónyuge superviviente no puede depender de la ley, bajo cuyo imperio fué terminado el contrato de matrimonio.—224. Principios relativos á los derechos sucesorios de los hijos naturales.—225. Derechos sucesorios de los hijos adoptivos.—226. Se confirma la regla general.—227. La ley vigente al tiempo del fallecimiento, regula la extensión y las limitaciones de los derechos sucesorios.—228. De la adquisición de la herencia.—229. No son diferentes los principios del derecho transitorio en los dos sistemas legales relativos á la adquisición de la herencia.—230. Aceptación á beneficio de inventario.—231. Término hábil para la aceptación.—232. Ley nueva que establezca nuevas causas de caducidad ó pérdida de dicho beneficio.—233. Consecuencias jurídicas de actos nuevos puestos en ejecución después de estar en vigor la nueva ley.—234. De la separación de los patrimonios del difunto y del heredero.—235. Disposiciones relativas á esta materia en la legislación italiana.—236. De los juicios de *examen* de la herencia.—237. Efectos de la renuncia de la misma.—238. De la colación.—239. Teoría adoptada por la legislación italiana.—240. Principios relativos á la dispensa de colación.—241. De la imputación.—242. De la reducción.—243. De los pactos sucesorios.—244. De las renuncias á las sucesiones futuras entre cónyuges.—245. De las renuncias de las hijas.—246. Se examina la cuestión del derecho transitorio, según los principios de la ciencia.—247. Solución de dicha cuestión en el derecho italiano.

222. El derecho perteneciente á los herederos legítimos para recoger toda la herencia á falta de testamento ó para obtener una parte de ella, llamada *legítima*, aun cuando exista disposición testamentaria, debe ser determinado por la ley que estuviere vigente en el momento del fallecimiento del causante ó *de cujus*.

En cuanto á esto, todos los tratadistas están de acuerdo y no es posible que haya lugar á dudas. En efecto, la transmisión de la herencia, en el sentido legal, se verifica en el momento de la muerte, y es evidente que no puede realizarse de otro

modo más que en conformidad á la legislación que se hallare vigente á la sazón. Por lo tanto, la capacidad ó la incapacidad legal para suceder, el orden en que deben hacerlo los parientes legítimos, así como el lugar correspondiente al cónyuge supérstite ó á los hijos naturales y sus procreadores, todo esto depende de la ley bajo cuyo imperio hubiere tenido lugar la muerte de aquel á quien debe sucederse. No constituyendo hasta entonces más que una mera espectativa los derechos sucesorios, sería una vana pretensión el querer dar estabilidad y carácter de definitivos y perfectos á los provenientes de la ley anterior, ó desconocer la autoridad de la legislación imperante al tiempo del fallecimiento, que es la que atribuye ó concede los derechos hereditarios á los sucesores legítimos.

223. Algunas dudas han surgido en la aplicación de los principios antes expuestos en cuanto á la sucesión legal del cónyuge superviviente, de los hijos naturales y de los hijos adoptivos.

Respecto al cónyuge supérstite se ha dicho por algunos, que si eran concedidos á la mujer por la legislación vigente cuando fué terminado el contrato de matrimonio ciertos derechos sucesorios en la herencia del marido en un orden y medida determinados, estos derechos deben considerarse como parte integrante del mismo contrato de matrimonio y reputarse adquiridos como tales desde el momento en que quedó concluído y perfecto el referido contrato. En su virtud, no podrían ser mermados ni aumentados por la ley nueva, posterior al matrimonio, sin violación de los derechos del cónyuge en el primer caso ó del de los otros parientes llamados á suceder en el segundo (1).

Partiendo de este orden de ideas podría decirse que, ha-

---

(1) Véase: CHABOT DE L'ALLIER, quien examina largamente la cuestión de los efectos de la ley nueva respecto del *douaire coutumieres* y de las otras ventajas concedidas al cónyuge superviviente por las leyes, bajo las cuales fuese concluído el matrimonio. Vol. 2, y los autores citados por el mismo.

biendo concedido el Código civil italiano al cónyuge supérviviente determinados derechos sucesorios en la herencia *ab-intestato* del cónyuge premuerto (1) y aun el derecho de usufructo en caso de concurrencia con los herederos testamentarios (2), tales disposiciones legales no son aplicables á los matrimonios precedentemente contraídos bajo el imperio de leyes que concedían al cónyuge supérstite derechos más limitados en la indicada sucesión porque con dicha aplicación se violarían las relaciones contractuales establecidas con anterioridad.

Esta doctrina carece, sin embargo, de fundamento jurídico.

En efecto, no se puede admitir que los derechos sucesorios del cónyuge se consideren adquiridos y perfectos por el contrato de matrimonio, en virtud del pacto sucesorio tácito, llevado á cabo con arreglo á la legislación entonces imperante.

Las disposiciones de la ley deben ser consideradas siempre como parte integrante de los contratos respecto de los derechos perfectos adquiridos en el momento de terminarse el contrato los cuales han de ser regidos por dichas disposiciones; pero no sucede esto en cuanto á los sucesorios porque no son derechos perfectos adquiridos, sino una mera espectativa, no adquiriendo aquel carácter hasta el fallecimiento del causante; y por lo tanto, no puede tener aplicación en dicho caso la consideración de que se reputan adquiridos mediante el pacto sucesorio tácito que se supone derivado de las disposiciones legales vigentes en la materia al tiempo de la celebración del matrimonio. Además, así como no está en la potestad de las partes el mudar el orden de la sucesión legítima, tampoco pueden tener poder las mismas para sustraer dicha sucesión de las prescripciones de la ley imperante en el momento en que la misma fuere abierta ó en que tuviere lugar la delación ó transmisión de la herencia. ¿Cómo admitir, pues, que tales derechos tengan el carácter de *adquiridos* si faltan los elementos sustanciales para considerar-

(1) Art. 753-57.

(2) Art. 812-14.

los nacidos en el momento en que fué terminado el contrato de matrimonio?

La verdad es que las espectativas ó esperanzas de los herederos legítimos respecto del patrimonio de su ascendiente, y lo mismo la que corresponde al cónyuge para disponer de su patrimonio sin la necesaria relación con el otro cónyuge, pueden ser disminuídas ó aumentadas por las nuevas leyes; y la razón de ello consiste en que el ejercicio de los derechos pertenecientes á las personas está sujeto al imperio de la ley, que puede modificar, limitar ó alargar dicho ejercicio.

Las relaciones pecuniarias de los cónyuges sobre sus bienes deben ser regidas por la ley vigente al tiempo de contraerse el matrimonio, porque, pudiendo dichos cónyuges regular á su gusto tales relaciones dentro de los límites establecidos previamente por las disposiciones legales, debe presumirse que ellos se refirieron á la ley para todo aquello que no fué pactado por los mismos; y de este modo viene á ser la ley como el título de los derechos adquiridos mientras estuviere en vigor. Pero esto no sucede respecto de los derechos sucesorios, porque no se pueden suponer nacidos antes de la sucesión, ni es admisible tampoco que esté en la potestad de los cónyuges el pactar que tales derechos sean sustraídos á la autoridad de la ley vigente en el momento en que deben nacer. Y si esto no podrían ellos hacerlo mediando pacto expreso, ¿cómo admitir que pueda ser consecuencia de un pacto tácito?

Esta cuestión tiene poca importancia en el derecho italiano, porque habiendo concedido la nueva legislación mayores ventajas al cónyuge superviviente, ninguno ha puesto jamás en duda el que no pudieran aprovecharse de esas ventajas de la nueva ley aun aquellos que contrajeron matrimonio bajo el imperio de un orden de derecho menos favorable (1).

---

(1) En la patente de promulgación del derecho territorial universal prusiano de 1794, en la cual fueron reducidas á cánones fijos las reglas de dere-

224. Para los derechos sucesorios de los hijos naturales y de sus procreadores, consideramos que ha de regir también el mismo principio; esto es, que deben ser determinados por la ley que estuviere vigente en el día en que fué abierta la sucesión, y no por la que rija en la fecha del reconocimiento de tales hijos, ó aquélla bajo cuyo imperio hubieren nacido ó sido concebidos, si fueren admitidos á hacer la prueba de su paternidad con arreglo á dicha ley.

También en cuanto á los derechos sucesorios de los hijos naturales en la herencia de sus procreadores han creído algunos que debían ser determinados dichos derechos por la ley que estuviere en vigor cuando tuvo lugar el reconocimiento, por la consideración de que el padre que reconoce á su hijo bajo el imperio de una legislación que limitaba al suministro de los alimentos y á la educación todos sus deberes y obligaciones respecto de dicho hijo, no puede ser sometido á una ley nueva que aprecie de distinto modo las consecuencias de tales relaciones y adjudique á esta clase de hijo, á más de los derechos correlativos á los deberes indicados, una participación en los bienes hereditarios (1).

Este razonamiento carece, sin embargo, de fundamento jurídico, porque el individuo que voluntariamente realiza ciertos actos que según la ley pueden crear un estado de derecho respecto de las personas, como lo es el reconocimiento del hijo natural que es susceptible de crear el estado de paternidad á favor del que reconoce y el de filiación en cuanto al reconocido, no puede impedir al legislador la modificación de los derechos que han de ser legalmente adquiridos por el que estuviere en posesión de dicho estado, ni menos es posible sostener

---

cho transitorio, se dispuso lo siguiente acerca de los derechos sucesorios de los cónyuges:

«El cónyuge superviviente en todo caso que ocurriere después del 1.° de Junio de 1794, tiene libertad para elegir, ó las leyes vigentes en el tiempo en que el matrimonio fué terminado, ó el contenido en el presente Código.»

(1) Confr. Chabot de L'Allier. *Enfans naturel*, § 1., vol. 2.°, pág. 114.

que sea para él un derecho adquirido por sí mismo la conservación del régimen legal existente cuando fueron realizados dichos hechos respecto de las consecuencias legales de los mismos y de la adquisición de los derechos propios del estado personal que pueden producir. Dado el estado de filiación natural, pertenece al legislador el regular los derechos para cuya adquisición es condición indispensable dicho estado, pero que no hayan nacido aún ó sido adquiridos con él; y en ese caso se encuentran los derechos sucesorios.

Esta regla debe ser aplicada, tanto cuando es voluntario el reconocimiento, como en el caso de reconocimiento forzoso á consecuencia de una sentencia recaída en juicio.

Los efectos del estado civil de filiación natural, en cuanto á la adquisición de aquellos para los cuales es condición indispensable la posesión legal de dicho estado, deben ser regidos por la ley imperante en el momento en que estuvieren para nacer tales derechos, y no por la que se hallare en vigor cuando fuese adquirido aquel estado, ó cuando éste fuese concedido (1).

225. Estos mismos principios deben regir para los derechos sucesorios de los hijos adoptivos. La opinión sostenida por muchos de que el derecho á suceder entre el adoptante y el adoptado debe someterse á la ley vigente al tiempo de la adopción, puede encontrar por el pronto justificado apoyo en la consideración de que siendo la adopción una relación contractual, sus consecuencias respecto de los derechos recíprocos del adoptante y el adoptado sobre los respectivos patrimonios de los mismos, deben considerarse como parte de las relaciones jurídicas nacidas entre ellos mediante dicha convención. Pero, examinado más detenidamente este argumento, resulta desprovisto de todo fundamento y completamente inexacto.

(1) Véase lo expuesto sobre la paternidad y filiación natural, y la sentencia entonces citada. El Tribunal de Florencia, en su sentencia de 17 de Junio de 1875 *(Monitor 1875, pág. 831)*, sancionó la regla contraria; pero esta sentencia fué con razón criticada.

En efecto: la esperanza de obtener ésta ó aquella parte del patrimonio ó la de no ser obligado á reservar más que una participación determinada, es posible, sí, que se tenga en cuenta por el adoptante ó por el adoptado como causa de la adopción; pero no puede estimarse dicha esperanza como un derecho perfecto para ninguno de ellos. La razón de esto consiste en que todo derecho sucesorio no empieza á ser derecho patrimonial hasta que sea abierta la sucesión. De donde resulta que es imposible admitir que el derecho sucesorio pueda ser adquirido en el momento en que tenga lugar la adopción.

226. Volvemos, pues, á confirmar en este punto la regla establecida antes, á saber: que los derechos hereditarios en la sucesión legítima, respecto de todos los que son llamados ó excluídos por la ley, deben ser regidos por la vigente en el momento de la muerte, y por lo tanto, ningún efecto pueden producir en cuanto á ellos las leyes anteriores.

227. Del mismo modo deben ser regidas por dicha ley la extensión y ampliaciones de los citados derechos y las limitaciones establecidas por la misma. En su consecuencia, suponiendo que la sucesión fuese abierta en favor del cónyuge superviviente cuando estaba en vigor en Italia el Código albertino, según el que cesaba el usufructo concedido á la viuda por pasar á segundas nupcias mientras viviese alguno de los hijos nacidos del primer matrimonio y fuese tutora de ellos (art. 959), dicho cónyuge, aunque se casase de nuevo después de haber sido derogado el Código albertino, no puede invocar la aplicación del Código civil italiano, que no admite dicha limitación, para seguir gozando el usufructo fundado en que el hecho de haber pasado á segundas nupcias había tenido lugar después de haber empezado á regir el nuevo Código.

La razón de ello está en que siendo el derecho del cónyuge supérstite un derecho *condicionado* con arreglo á la ley vigente al tiempo en que fué adquirido, las consecuencias jurídicas de dicha condición deben ser apreciadas según la ley bajo cuyo imperio se adquirió ese derecho, y no según la que estuviere

en vigor al cumplirse la condición á la cual se hallaba subordinado.

El derecho concedido por la anterior legislación al hijo legítimo para hacer suyo el usufructo en el caso de pasar á segundas nupcias el cónyuge usufructuario, cuyo derecho fué adquirido con arreglo á la ley vigente el día en que fué abierta la sucesión, no podía ser quitado al mismo por el Código civil italiano que en el capítulo de la sucesión legítima (art. 753) no ha reproducido la condición de la viudedad exigida anteriormente para la subsistencia del usufructo, toda vez que las disposiciones del nuevo Código sólo son aplicables á las sucesiones abiertas después de haber comenzado á regir y de ningún modo pueden ser extendidos sus preceptos á las que fueron abiertas bajo el imperio de las leyes que precedieron á dicho cuerpo legal.

228. Para todo lo que se refiere á la adquisición de la herencia debe ser aplicada la ley que estuviere en vigor al ser abierta la sucesión, resolviéndose por ella la cuestión de si pasa la posesión legal de los bienes hereditarios inmediatamente á los herederos en el momento mismo de la muerte del causante ó si es necesario algún acto formal para la adición. Así, pues, si en uno ú otro de ambos sistemas tuviere lugar cualquiera modificación en el derecho sucesorio en el tiempo transcurrido entre el día de la delación y el de la adquisición de la herencia, dicha modificación no podría surtir efecto alguno respecto de los derechos hereditarios en las sucesiones abiertas ya, porque así como en el sistema de la adición formal, verificada ésta, se retrotrae á la fecha de la muerte del *de cujus* por la conocida regla *heres quandoque adeundo hereditatem, jam tunc á morte successisse defuncto intelligitur* (1), del mismo modo deben considerarse definitivamente fijados los derechos sucesorios en el momento de la muerte del *de cujus*. La ley nueva, por lo tanto, no puede tener eficacia más que en lo relativo á

---

(1) Ley 54, Dig. *de adq. vel amit. hered.*

las formalidades que deben cumplirse para que se suponga que ha tenido lugar ó no la transmisión á los sucesores de la posesión legal de las cosas heredadas.

229. Esa misma eficacia que hemos dicho puede tener la ley nueva en el sistema de la adición, debe igualmente atribuírsele en el régimen de la posesión legal inmediata, que es el admitido por el art. 925 del vigente Código italiano, ó de la llamada *saisine hereditaire juris*, puesto que así como en dicho sistema no viene á ser efectiva para el heredero la posesión legal concedida por la ley al mismo mientras no tenga lugar la aceptación de la herencia ó se ejecute algún acto cualquiera de *gestio pro hereder*, que siempre es indispensable á fin de que entren en el patrimonio del heredero los bienes del difunto, del mismo modo también en este segundo sistema las modificaciones que se hicieren en la legislación en el tiempo intermedio entre la muerte del causante y la aceptación de la herencia ó la ejecución de cualquier acto de heredero, sólo pueden surtir efecto en cuanto á la aplicación de la ley nueva en lo relativo á las formalidades ó requisitos que deben concurrir para que esa posesión legal de un mero concepto jurídico se convierta en real y efectiva para el sucesor del difunto.

No nos parece, pues, que exista diferencia alguna sustancial respecto al derecho transitorio relativo á la adquisición de la herencia, tanto en uno como en otro de dichos sistemas, reduciéndose en todo caso la autoridad de la ley nueva á la parte puramente formal, ó sea á los requisitos ó formalidades estimadas como necesarias para hacer real y efectiva la adquisición, y para hacer reales y efectivos también los derechos de terceras personas con relación al sucesor llamado.

En cuanto á esto, manteniéndose siempre firme la máxima antes establecida de que el derecho perteneciente al heredero para adir la herencia es adquirido en el momento mismo de la muerte y regido en toda su extensión por la ley entonces vigente, debe regular la regla, derivada de dicha doctrina, de que las formas estatuídas para la adición caen bajo el imperio de

la ley que estuviere en vigor cuando la herencia deferida sea adida por el sucesor.

230. Deberá aplicarse la ley nueva para cuanto concierne á la forma exigida para la aceptación á beneficio de inventario, excepción hecha de las cuestiones relativas á si pertenece ó no al heredero el derecho de aceptar la herencia con dicho beneficio, ó si puede ó no serle negado su ejercicio, ya por haber ejecutado algún acto que implique la aceptación tácita, ya por haber sobrevenido alguna causa de caducidad ó pérdida del indicado beneficio, cuyas cuestiones deben ser resueltas todas aplicando á ellas la ley bajo cuyo imperio fuere abierta la sucesión.

231. Esta misma regla tiene también aplicación para determinar cuál sea el término útil dentro del cual puede acogerse el heredero al beneficio de inventario para la aceptación de la herencia. En su consecuencia, si en la legislación vigente al tiempo de abrirse la sucesión no se hubiese prefijado término alguno para la citada forma de aceptación, no podrían considerarse decaídos del derecho de acogerse al beneficio de inventario, con arreglo á dicha legislación, á aquellos que fueren llamados á la sucesión, aun cuando hubiere transcurrido á la sazón el plazo establecido por la ley nueva para la aceptación con dicho beneficio. En este caso, lo procedente es aplicar la regla general relativa á la prescripción de los derechos sobre bienes inmuebles para decidir si el derecho perteneciente al heredero llamado á la sucesión ha de considerarse ó no extinguido por la prescripción.

232. En el caso de que la ley nueva establezca nuevas causas de pérdida ó decaimiento del derecho á utilizar el beneficio de inventario, disponiéndose en ella que debe reputarse renunciado tal derecho por consecuencia de ciertos actos, no estimados por la legislación anterior como eficaces para producir tal efecto, ¿qué resolución es la que deberá adoptarse? En nuestra opinión, deberán aplicarse en dicha hipótesis las disposiciones de la ley nueva, aun cuando se trate de sucesio-

nes abiertas bajo el imperio de la legislación anterior. En efecto, la ley nueva debe respetar los derechos adquiridos, pero sólo los que tengan tal carácter, y de ningún modo pueden considerarse comprendidos entre éstos aquellos derechos á que se pretenda atribuir dicha cualidad, fundándose para ello en la falta de una disposición legal que ordene su modificación, porque no puede impedirse al legislador el establecimiento de nuevos preceptos legales acerca de la conservación ó pérdida de los derechos, ni menos sustraer al imperio de las disposiciones dictadas por el mismo aquellos actos que, no habiendo sido tenidos en cuenta por la legislación anterior, tuvieren principio ó subsistieren después de haber empezado á regir la ley nueva.

Esto mismo debe decirse, por ejemplo, de las disposiciones del art. 952 del Código civil italiano, que declara en eficaz la renuncia, si los llamados á la herencia que se encontrasen en posesión real de los bienes hereditarios no acudiesen á hacer uso del beneficio de inventario dentro de los tres meses siguientes á la apertura de la sucesión, ajustándose á las disposiciones legales relativas á dicho beneficio. También deberá hacerse aplicación del citado artículo en cuanto á la ineficacia de la renuncia, cuando la sucesión hubiese sido abierta bajo el imperio de la ley antigua, que no establecía dicho precepto, siempre que la posesión real hubiese tenido principio ó hubiere continuado después de estar en vigor el nuevo Código.

233. Del mismo modo deberá ser aplicada la ley nueva para decidir lo procedente en cuanto á las consecuencias jurídicas de los actos nuevos, puestos en ejecución después de estar en vigor la ley nueva, por aquellos que hubieren aceptado ya la herencia á beneficio de inventario, bajo el imperio de la legislación anterior.

Así, por ejemplo, si el heredero á cuyo favor establece la ley el indicado beneficio hubiere consentido en la constitución de una hipoteca sobre los bienes hereditarios, deberá aplicarse la ley nueva, bajo cuya vigencia se constituyó la hipoteca, para decidir si dicha constitución debía reputarse nula, ó si, por el

contrario, había que tenerla como eficaz para convertir al heredero *beneficiario* en heredero puro y simple.

234. Lo mismo debe decirse respecto de las consecuencias jurídicas de la aceptación á beneficio de inventario con relación á la separación del patrimonio del difunto del propio del heredero. Si con arreglo á la legislación vigente en el momento en que fué aceptada la herencia, los acreedores del difunto y los legatarios que hubiesen aceptado en dicha forma, no estaban obligados á cumplir otras formalidades especiales para el establecimiento de su derecho á la separación de bienes ó de patrimonio, este derecho no podría ser impugnado respecto de ellos, aun cuando después se promulgase una ley nueva que prescribiera especiales formalidades ó requisitos distintos para la indicada separación (1).

Por el contrario, si la aceptación de la herencia con el beneficio de inventario hubiese sido hecha después de estar en vigor la ley nueva, será indispensable la observancia de las formalidades especiales prescritas por dicha ley para todos aquellos que quisieran acogerse al derecho de separación de bienes, y en vano sería que se invocase la ley bajo la cual fué abierta la sucesión, para deducir de este hecho que habiendo ellos aceptado la herencia á beneficio de inventario, entendían haberse acogido por ello al derecho de separación de su patrimonio, en conformidad á la ley vigente al tiempo de la sucesión, porque ésta no puede ser decisiva con relación á las formalidades establecidas para la aceptación á beneficio de inventario y á las exigidas para la separación del patrimonio que hubiere de llevarse á cabo después de haber empezado á regir la ley nueva.

(1) Según las leyes civiles de las provincias de Nápoles, anteriores al actual Código civil, faltando en ellas la disposición establecida en el artículo 2058 del nuevo Código, se podía sostener que los acreedores que habían aceptado con el beneficio de inventario estaban dispensados de observar otras formalidades para hacer separar de sus bienes el patrimonio del difunto.

235. La ley transitoria italiana sancionó los principios expuestos anteriormente, estableciendo en su art. 26 lo siguiente: «Las disposiciones del nuevo Código relativas al beneficio de inventario son aplicables aun á las sucesiones abiertas antes de la promulgación del mismo, cuando el heredero, con arreglo á las leyes anteriores, estuviere aún en derecho de aceptar con dicho beneficio.»

Solamente para los actos comenzados ya bajo el imperio de las leyes anteriores dispone el legislador que podrán ser terminadas según las mismas leyes. La Comisión observó con razón, que «siendo diversas las formalidades que había que llenarse para hacer perfecta y eficaz la aceptación de la herencia á beneficio de inventario y constituyendo ésta una serie de actos y formas correlativas, podría considerarse injusto, y en todo caso sería expuesto á dudas y litigios, el obligar á aquéllos que hubieran comenzado ya una de esa serie de actos, y estuvieran para terminarla á la promulgación del nuevo Código, á interrumpirla y á ejecutar otros ó más largos ó más dispendiosos, ó que tal vez no pudieran conciliarse con los precedentes, ejecutados ya; y que peor sería aún si debiera hacer en la nueva forma establecida aquellos que hubieren comenzado en los términos de las leyes anteriores» (1).

236. En virtud de estos principios, sancionada en el nuevo Código italiano la máxima de que la posesión de los bienes del difunto pasa de derecho al heredero, deben ser eficaces las disposiciones del mismo para conceder la posesión legal de los bienes aun para las sucesiones que hubieren sido abiertas bajo el imperio de las leyes anteriores, que exigían la *adjudicación de la herencia* para entrar en posesión legal de los bienes hereditarios. Ese requisito era exigido por el Código austriaco vigente hasta la unificación del derecho en algunas provincias italianas, cuyo Código imponía al heredero la obligación de entablar un juicio para obtener del magistrado competente la

(1) *Informaciones verbales de la Comisión*, del día 26 de Septiembre.

adjudicación de los bienes hereditarios y la posesión de los mismos. Este juicio, que se llamaba juicio de *adjudicación*, quedó completamente inútil, en virtud de los mismos principios del derecho transitorio, después de la promulgación del nuevo Código; pero el legislador italiano le quiso hacer objeto de expresa disposición, que fué contenida también en el citado artículo 26, en los siguientes términos: «Los juicios en curso, siempre que no haya sido pronunciado aún el decreto de adjudicación, cesarán de derecho con la promulgación del nuevo Código.»

La misma regla expuesta debe ser aplicada á cualquiera forma legal establecida para la adición de la herencia. En todo caso debe regir en esta materia el principio de que, cuando sea abierta la sucesión estando vigente una legislación que exija una determinada formalidad para la adición de la herencia, y posteriormente se promulgue una ley nueva que haga inútil dicha formalidad, el llamado á la herencia la adquiere sin más requisito; y si falleciere antes de haberla aceptado, transmite á sus sucesores el derecho de aceptarla.

237. Ahora debemos ocuparnos de los efectos de la adquisición de la herencia en las relaciones de los demás herederos.

De lo dicho hasta aquí, resulta evidentemente que, ocurriendo en una sucesión *abintestato* la renuncia por parte de uno de los llamados á la sucesión, las consecuencias de tal renuncia respecto de los coherederos, así como la devolución de a parte que hubiera tocado al renunciante, deberán ser regidas por la ley bajo la cual fué abierta la sucesión.

238. Uno de los derechos que puede competir á los herederos legítimos, es el exigir que se traiga á colación ó que sea reunido á la masa hereditaria todo aquello de que hubiese dispuesto el difunto, por acto entre vivo, en favor de cualquiera de los coherederos. Este derecho puede competir también á los herederos en la sucesión testamentaria; pero como en esta materia todo depende de la ley, la cual puede á su vez hacerlo depender todo de la voluntad del testador, y siendo distintas

en los diversos tiempos y en los diversos sistemas de legislación las disposiciones legislativas referentes á la colación, para decidir en cada caso en particular si hay ó no lugar á ésta, interesa examinar, ante todo, si para ello debe aplicarse la ley vigente cuando hubiere tenido lugar el acto de liberalidad, ó la que rigiera al abrirse la sucesión, si entre ellas existiese cualquiera diferencia, ya respecto de las personas á quienes incumbe la obligación de la colocación, ya con relación á las donaciones ó liberalidades sujetas á ella (1).

---

(1) La obligación de la colación fué impuesta por el derecho pretorio. Cuando los hijos emancipados fueron admitidos á suceder á sus padres en concurrencia con los que se encontraban todavía bajo la patria potestad en el momento de la muerte de aquél, fué impuesta á los mismos la obligación de llevar á la masa hereditaria los bienes que habian podido adquirir en su nombre personal, aprovechándose del beneficio de la emancipación. La colación pretoriana sufrió después una modificación importante, á medida que fué desapareciendo la distinción en cuanto á la sucesión entre los hijos emancipados y los no emancipados; y de una parte fueron sujetados á la colación los hijos que se hallaban bajo la patria potestad, por lo relativo á la dote y donación *propter nuptias*, y de otra también los no emancipados fueron dispensados de la colación respecto de los bienes adventicios. Justiniano después impuso la obligación de la colación á todos los hijos y descendientes, sin distinción, tanto en la sucesión abintestato como en la testamentaria, á excepción de aquellos que hubieran sido dispensados de dicha obligación por el difunto. En los paises regidos por las costumbres, fueron muy distintas las reglas en materia de colación. Esta era admitida en la sucesión *abintestato*, pero no en la testamentaria, y las disposiciones relativas á ella presentan una notable diferencia en cuanto á las personas obligadas á colacionar. Tres fueron los sistemas que prevalecieron en las costumbres: uno, el de la igualdad perfecta, según el cual no podían ser dispensados por el testador de la obligación de colacionar los que estaban sujetos á ella, no pudiendo tampoco eximirse éstos de dicho deber por la renuncia de la herencia; otro, el de la igualdad simple, que negaba también al causante la facultad de dispensar al beneficiado de la obligación citada, pero que autorizaba al heredero para eximirse de ella, renunciando la herencia; y otro, por último, que excluía de la colación al obligado á ella en el caso de haber sido dispensado por el autor de la liberalidad ó mediante la renuncia por parte del beneficiado. En el Código Napoleón prevaleció este tercer sistema, y la legislación italiana reprodujo el del derecho romano, pero con alguna diferencia, no estableciendo dis-

Dos opiniones existen respecto de esta cuestión. En efecto; unos sostienen que, cuando se trata de liberalidades hechas por actos irrevocables bajo el imperio de una ley que eximiera al beneficiado de la obligación de colacionar en la sucesión de aquel de quien se obtiene el beneficio, deberá entonces considerarse como un derecho adquirido el concedido por dicha ley al favorecido para concurrir á la sucesión, sin necesidad de llevar á la masa hereditaria aquello de que el testador había dispuesto en beneficio del mismo por acto entrevivos, y como tal derecho adquirido no podría ser mermado por las nuevas leyes que sobrevinieran. La sucesión, dicen éstos, debe, por lo tanto, ser regida por la ley que estuviera en vigor al tiempo de la muerte del *de cujus;* pero el derecho perteneciente al favorecido ó beneficiado de tener y gozar como propietario las cosas donadas al mismo, independientemente de la masa hereditaria, no puede ser sometido á los preceptos imperativos de las leyes que con posterioridad á dicha donación fueren promulgadas, porque dicho derecho quedó adquirido bajo el imperio de la legislación anterior á ellas (1).

La segunda de las opiniones que hemos dicho se sostienen acerca de la cuestión citada, es la mantenida por los que siguen la doctrina expuesta por Merlín, el cual entiende que la ley nueva, sin mermar el derecho del donatario sobre las cosas donadas, puede imponer á éste las condiciones que tenga por convenientes para concurrir á la sucesión del donante, y que tal ley nueva sería eficaz y obligaría á dicho donatario á la colación, si sobre ella estableciera disposiciones distintas de las que rigieran cuando tuvo lugar la donación (2).

---

tinción de ninguna clase entre unas y otras donaciones, y sólo eximió de la colación las expensas hechas por alimentos y educación, los regalos hechos con motivo del matrimonio, y algunos otros en uso (art. 1009).

(1) CHABOT DE L'ALLIER. Tomo III, pág. 18 y sigs. MAILHER DE CHASSAT, vol. I, pág. 338.

(2) MERLIN. Rep. adiciones; véase *Efecto retroactivo.* Sec. 111, § 111, art. IX. —BIANCHI. Vol. I, pág. 106.—Confr. GABBA. *De la retroattività,* vol III, página 408 y sigs.

239. A nuestro juicio, esta es la opinión mejor fundada en derecho. Hemos dicho ya, en efecto, que la sucesión como institución jurídica principia con la muerte de aquel á quien se quiere suceder, y por consiguiente, las relaciones jurídicas que de ellas provengan no pueden depender de ninguna otra ley más que de aquella que estuviere vigente al tiempo del fallecimiento del *de cujus*. En su consecuencia, la ley nueva no puede cambiar las relaciones convencionales nacidas entre el donante y el donatario con motivo de la donación terminada con anterioridad á ella, ni los derechos adquiridos sobre las cosas donadas; pero puede, sí, estimar este hecho en relación con la aceptación de la herencia, después de haber empezado á regir y subordinar la eficacia de la aceptación á determinadas condiciones, una de las cuales puede ser la de llevar á la masa hereditaria aquello que hubiere obtenido del difunto por donación el descendiente que quiera hacer valer á su favor el derecho de suceder al causante.

La aplicación de la ley nueva en estos casos no implica ni ningún efecto retroactivo ni ningún perjuicio de los derechos adquiridos, porque dicha ley, en cuanto ella regula la sucesión abierta después de haber empezado á regir, no modifica el pasado. Así como la ley nueva, sin violar ningún derecho nacido, puede quitar ó conceder el de suceder á algunas personas de un determinado grado, del mismo modo puede subordinar á ciertas condiciones el ejercicio de dicho derecho. Y sería una extraña pretensión la de que, una vez adquirida la cualidad de heredero, según la ley de la sucesión, pudiera sustraerse éste á los preceptos imperativos de la ley en cuanto á las condiciones exigidas para asumir eficazmente dicha cualidad.

De lo expuesto se deriva con toda evidencia, que el derecho recíproco de la colación y el de eximirse de ella mediante la renuncia de la herencia, la determinación de las cosas sujetas á la colación, etc., etc., deben depender de la ley vigente al tiempo de la sucesión; y en su virtud, si dicha ley impusiera la colación como absolutamente precisa y sin facultad por

parte del donante para su dispensa, deberá considerarse como obligatoria dicha colación, á pesar de la dispensa expresa hecha por éste con arreglo al derecho que para hacerlo le concediera la legislación anterior.

240. Esta controversia se simplificaría admitiendo nuestra regla si todo dependiese absolutamente de la ley. Ocurre, sin embargo, que las leyes, con raras excepciones, no imponen la colación de un modo absoluto é imperativo. Generalmente, hacen depender dicha obligación de la voluntad del donante, al que conceden la facultad de dispensar al donatario ó al legatario del deber de colacionar lo recibido; y en este caso la dispensa debe surtir sus efectos en los términos y dentro de los límites admitidos por la ley vigente al tiempo de la sucesión (1). Sin embargo, á pesar de que casi todas las legislaciones están conformes en dar eficacia á dispensar por parte del donante, varían algunas de ellas en cuanto á las formas ó á los hechos por los cuales puede presumirse la voluntad del donante de obligar ó de dispensar de la colación al donatario.

Admitiendo unas la igualdad entre los herederos, como la regla más apropiada según los principios del derecho y de la equidad natural, disponen que la obligación de la colación debe siempre presumirse, á no ser que el autor de la liberalidad haya manifestado expresamente su voluntad de dispensar de tal obligación al favorecido con ella. Otras leyes, por el contrario, previenen que no puede presumirse la obligación de colacionar, y que sólo debe admitirse en aquellos casos en que formal y expresamente haya sido impuesta.

Dada esta divergencia de las legislaciones, surge la cuestión de si la voluntad del donante de sujetar á la colación ó de dispensar de ella debe ser apreciada con arreglo á la ley que estuviere vigente al tiempo de la donación ó por la que rigiera cuando tuviere efecto la sucesión, y si debe ser dicha vo-

(1) Confr. el art. 1014 y 1026 del Código civil italiano, para apreciar que la dispensa puede valer dentro de ciertos límites, según la ley vigente.

luntad expresa ó presunta, según una ú otra de tales leyes.

Debemos advertir que, bajo este último punto de vista, la cuestión no afecta á la sustancia del derecho, sino á las formas de la manifestación de la voluntad del donante. Por lo tanto, toda la dificultad se reduce á resolver si es ó no necesaria la formal expresión de dicha voluntad, ó si, por el contrario, debe siempre admitirse ésta por presunción; siendo en su virtud evidente que cuando la ley permite al donante la facultad de dispensar de la colación al favorecido con la donación y dispone que la voluntad de aquél deba admitirse ó no, con ó sin expresa manifestación de la misma, tal ley es simplemente declarativa y tiene que ser decisiva en este punto la que estuviere en vigor en el momento en que fué legal y eficazmente manifestada dicha voluntad.

Esta doctrina se deriva además del principio general, sentado antes de ahora, de que para todo lo que atañe á la forma de la manifestación legal de la voluntad, hay necesidad de referirse á la ley bajo cuyo imperio tuviera lugar el acto voluntario. De aquí, que si con arreglo á dicha ley estuviera dispensado de la obligación de colacionar el donatario, cuando el donante no se la hubiese impuesto expresamente, debería aquél considerarse dispensado de dicha obligación, aun cuando al tiempo de ser admitido á la herencia rigiera una ley distinta, según la cual debiera ser expresa la dispensa.

No nos parece que en buenos principios pueda existir diferencia alguna en este punto entre los actos revocables y los irrevocables. Sin embargo, considerando algunos que el testamento es revocable y no llega á ser eficaz más que como expresión de la última voluntad del testador, han sostenido que para las liberalidades testamentarias ha de aplicarse la ley vigente al tiempo del fallecimiento del *de cujus*, fundándose para ello en que se debe presumir que el autor de ellas, no habiendo expresado su voluntad en contrario, había querido referirse, en lo que concierne á la colación, á la ley que estuviere en vigor en el momento de la muerte.

En contra de esta opinión, debemos observar que el testamento está sujeto á la ley del tiempo de la muerte del testador para todo lo relativo á su contenido, como diremos más adelante; pero no para aquello que se refiera á la forma de la declaración de su voluntad. Si la ley nueva impusiese de un modo imperativo y absoluto la obligación de colacionar, entonces, con razón, no podría invocarse la ley anterior, bajo cuyo imperio hubiese sido hecho el testamento, para eximirse de ella; pero si dicha obligación no fuere absoluta, dependiendo su imposición de la voluntad del donante, debe suponerse que éste, para hacer conocer su voluntad de sujetar ó no á colación al donatario, no podía referirse á ninguna otra ley más que á la entonces imperante, y ésta, como declarativa de su voluntad, debe ser decisiva aun cuando se abra la sucesión, estando rigiendo una ley nueva que establezca preceptos distintos acerca de la presunta declaración de la voluntad respecto de la obligación de colacionar.

Dedúcese de lo expuesto, que en la cuestión del derecho transitorio en materia de colación se debe distinguir todo aquello que se refiera á la sustancia del derecho y al modo de la colación, lo cual cae bajo el imperio de la ley vigente al tiempo de abrirse la sucesión, de lo relativo á las reglas para admitir ó excluir la expresa declaración de la voluntad en cuanto á la dispensa de la obligación de colacionar, cuando la facultad de dispensarla es admitida por la ley del tiempo de la sucesión. En cuanto á esto, entendemos que todo debe depender de la ley que rigiera cuando fué ejecutado el acto irrevocable ó el testamento.

241. El Código civil italiano impone al cónyuge superviviente que concurre á la sucesión con otros herederos, la obligación de *imputar*, en la porción hereditaria concedida al mismo por la ley, todo cuanto hubiere adquirido por virtud de las convenciones matrimoniales y de los lucros dotales. Por lo tanto, no se puede dudar que la obligación impuesta por tal disposición legal ha de valer para las sucesiones abiertas des-

pués de la promulgación de dicho Código, hasta en los casos en que se haya celebrado el matrimonio mientras regía la legislación anterior, que no contenía semejante disposición, y así ha sido reconocido por los jurisconsultos italianos y por la jurisprudencia.

242. Los mismos principios que sirven para resolver toda controversia relativa á la imputación impuesta al heredero legítimo, deben aplicarse si una nueva legislación estableciese una regla conforme á la que el legislador italiano ha sancionado por el art. 1026 del Código civil.

Tal artículo dispone que cuando uno que tenga derecho á cierta porción legítima pida la reducción de las liberalidades hechas en favor de un donatario, de un coheredero ó de un legatario, aunque fuere extraño, por la razón de exceder dichas liberalidades de la porción disponible por el donante, y hubiese obtenido alguna cosa á título de donación ó de legado del *de cujus*, deberá imputar á su persona aquello que hubiere recibido, salvo si hubiese sido expresamente dispensado de ello.

Ahora bien; no puede dudarse que esta disposición contenida en la ley nueva debe ser aplicada si la sucesión hubiera de abrirse después de haber empezado á regir la misma, aun cuando la donación hubiere sido hecha al heredero legítimo, bajo el imperio de la legislación anterior, que establecía otros preceptos distintos respecto de este particular.

La razón de ellos es siempre la misma, á saber: que los derechos sucesorios deben ser regulados por la ley vigente al tiempo de ser abierta la sucesión.

La ley vigente, en el momento en que fué hecha la donación al heredero legítimo, ó en que fué conferido al mismo un legado, puede sin embargo ser útilmente invocada si la controversia naciese sobre la admisión ó exclusión de la obligación de colacionar ó de imputar, fundándose en la voluntad presunta del donante. Supongamos, por ejemplo, que, según la ley antigua, debiera considerarse dicho heredero dispensado de tal obligación, cuando no existiere disposición en contrario del do-

nante ó del testador, y que la ley nueva dispusiera, por el contrario, que no deba entenderse dispensado más que en el caso de mediar expresa dispensa de éstos. En dicho supuesto, para decidir si al heredero debe ó no tenérsele por dispensado, habrá que referirse á la ley vigente al tiempo en que tuvo lugar la donación ó en que fué otorgado el testamento; y haciendo aplicación de ella, deberá resolverse si era ó no necesaria la declaración expresa de dicha voluntad para admitir la dispensa de la colación ó de la imputación.

La razón de ello es que tratándose de declaraciones de la voluntad de parte del autor del acto, éste no puede manifestar su propia voluntad de otro modo que refiriéndose á la ley vigente en el momento en que él ejecutó el acto que da origen al derecho de eximirse de la indicada obligación, cuyo derecho depende enteramente de la voluntad del mismo.

243. Debemos ocuparnos ya de los pactos sucesorios, en la hipótesis de que fueran terminados bajo el imperio de una ley que los considerase eficaces, y que luego se dictara una nueva disposición que prohibiese todo pacto relativo á las sucesiones futuras, viniendo á abrirse éstas después de la promulgación de la última de dichas leyes.

Apreciada superficialmente esta cuestión, pudiera creerse que, como en materia de sucesión debe ésta ser regida en todo por la ley vigente al tiempo de abrirse la misma, si la nueva disposición legal dictada declarase sin ningún valor ni efecto cualquiera estipulación sobre una sucesión futura, tendrían que considerarse ineficaces todas aquellas que hubieren sido terminadas bajo la ley antigua, aunque ésta las permitiera, siempre que hubiere sido modificada en dicho sentido antes de abrirse la sucesión. Pero es necesario tener en cuenta, para no incurrir en este error, que una cosa son los derechos sucesorios y otra los pactos contractuales relativos á la sucesión de una persona determinada.

En el caso de que las leyes permitan semejantes pactos, las relaciones jurídicas establecidas mediante ellos tienen la ver-

dadera y propia naturaleza de las relaciones contractuales, y por lo tanto hacen nacer derechos perfectos, lo mismo que los demás contratos debidamente celebrados, no pudiendo en su virtud sostenerse que dichos pactos queden sin efecto alguno por haberse dictado después una ley nueva que los declarase ineficaces, si eran válidos según la legislación que estaba vigente en la fecha en que quedaron terminados.

El Código civil italiano, con su art. 1118, impidió toda estipulación sobre cualquiera sucesión que no hubiese sido abierta aún. Cuando se trató de discutir la ley transitoria para la aplicación de dicho Código, surgió una larga contienda respecto de los pactos sucesorios terminados bajo el imperio de las leyes anteriores. Unos querían, en efecto, que por una expresa disposición fueran declarados sin efecto los referidos pactos en las sucesiones que hubieren sido abiertas después de la promulgación del nuevo Código cuando hubieren sido terminados con arreglo á la legislación anterior. Otros, por el contrario, considerando que en algunos de dichos pactos debería prevalecer el elemento contractual, creían peligroso declararlos por completo ineficaces, en razón á que podría ocurrir el grave inconveniente de violar derechos legítimamente adquiridos. Y al fin prevaleció, por último, el partido de no dictar una disposición general que los declarase nulos en absoluto, dejándose á la jurisprudencia el juzgar en cada caso particular, según las diversas circunstancias de los mismos y su especial naturaleza, si pueden ser eficaces los pactos relativos á las sucesiones futuras, estipulados bajo las leyes anteriores, después de haber empezado á regir el nuevo Código.

Con este motivo se consideró que los pactos estipulados por los cónyuges en las provincias italianas sujetas á Austria, mediante los cuales hubiesen regulado sus derechos en las respectivas sucesiones, mientras rigiera el Código austriaco, que permitía semejantes pactos, éstos podrían ser eficaces para regular los derechos de los cónyuges, no obstante haber empezado á regir el Código civil italiano, que en sus arts. 954 y 1118

declara nulo cualquier pacto entre los cónyuges relativos á sus derechos recíprocos en la herencia respectiva de cada uno de ellos.

Conviene, pues, establecer como principio aplicable á esta materia que, cuando la ley nueva prohibiese todo contrato en cuanto á una sucesión no abierta aún, esta disposición debe ser aplicada á las que se abrieren después de haber empezado á regir la misma, en el supuesto de que los pactos citados hayan sido concluídos bajo el imperio de dicha ley.

En cuanto á los pactos relativos á una sucesion abierta estando vigente la ley nueva, pero que fueran estipulados y concluídos mientras regía la antigua legislación que permitía pactar sobre las sucesiones no abiertas aún, no se debe aplicar el derecho sancionado por la ley nueva, ni las reglas de derecho transitorio relativas á los derechos sucesorios, sino que, por el contrario, deben ser aplicados los principios generales referentes á las relaciones contractuales. Y así como en todo contrato terminado bajo el imperio de una ley, y que haya sido perfeccionado antes que hubiere cesado el vigor de la misma, debe ser aplicada ésta para todo aquello que concierna á la validez del contrato mismo y á los derechos adquiridos por las partes mediante él; de igual modo se regirán dichos pactos por la ley vigente al tiempo de su perfeccionamiento. En otros términos: las relaciones contractuales, que llegan á quedar perfeccionadas bajo el dominio de una ley, deben ser regidas por la misma para todo lo referente á los derechos adquiridos por las partes en virtud del contrato.

Este principio debe servir también para el caso en que haya sido el objeto del contrato una cosa futura, como, por ejemplo, si se tratase de una sucesión no abierta aún, en el supuesto de que la ley imperante al terminarse el contrato permita que puedan ser tales cosas objeto de semejante contrato.

Una cosa es, en efecto, el derecho sucesorio, y otra los pactos contractuales relativos á una sucesión. A lo primero deben ser aplicados los principios del derecho transitorio que concier-

nen á la sucesión en general, y á los segundos los que atañen á las relaciones contractuales.

244. Si quisiéramos explicar con un ejemplo esta teoría, nos bastaría citar el art. 358 del Código civil austriaco, en que se dispone que si uno hubiere renunciado válidamente el derecho de adquirir *in genere* cualquiera herencia ó una herencia determinada, quedará privado en el primer caso del derecho de sucesión *in genere*, y de la herencia determinada en el segundo.

Mientras estuvo en vigor el Código austriaco en dichas provincias, ocurría que algunos cónyuges, al establecer el contrato de matrimonio, explícitamente declaraban haber puesto término á toda relación civil acerca de los bienes, ó renunciaban respectivamente al derecho de pedir ó exigir por título de sucesión; y cuando fué promulgado y aplicado en tales provincias el Código civil italiano, comenzó á regir allí la disposición del art. 946, que establece que nadie puede renunciar en el contrato de matrimonio á la herencia de una persona viviente ni privarse de los derechos eventuales que pudiera tener sobre tal herencia.

Haciendo aplicación de esta doctrina, se puede con razón sostener que el nuevo Código italiano podrá hacer nulo cualquier pacto existente entre los cónyuges de las provincias lombardo-vénetas, relativo á sus derechos recíprocos en las respectivas herencias, estipulado después de la promulgación de dicho Código; pero no los que ya hubieran sido establecidos mientras regía en esas provincias el Código civil austriaco que los permitía, porque debiendo ser considerados tales pactos como verdaderos y propios contratos, vienen á quedar perfectos bajo el imperio de la ley anterior, y los derechos adquiridos en virtud de ese contrato perfectamente válidos, no pueden ser desconocidos ni violados, aplicando á ellos la ley nueva.

245. Pasemos ahora á examinar otra importante cuestión que puede surgir de la aplicación de la ley nueva, frente á la antigua, á propósito de la renuncia á la sucesión futura, en la

hipótesis de que ésta sea permitida por la ley antigua y prohibida por la nueva.

La exclusión de las hembras en la sucesión de los cónyuges en la línea recta ó colateral, se podía efectuar, según ciertas leyes, mediante la renuncia hecha por parte de ellas á la futura sucesión. Estaba permitido á las hembras hacer esta renuncia en los contratos matrimoniales, en los cuales era constituída la dote, y adquiriendo ésta renunciaba como correlativos los derechos sucesorios que pudieran corresponderle.

Semejante renuncia podía ser pactada también entre los hermanos, mediante acto entre vivos hecho con el consentimiento de los padres ó de los ascendientes ó de los otros parientes á cuya herencia se intentaba renunciar.

La misma facultad era concedida á los monjes y á aquéllos que hacían votos religiosos, los cuales renunciaban á todos los derechos hereditarios en el acto en que pronunciaban los votos solemnes. También á los hijos reconocidos ó legitimados les era concedida igualmente la facultad de hacer la renuncia citada, subordinando á ésta el reconocimiento y la legitimación.

Las leyes que concedían dicha facultad tendían á conservar los bienes en las familias y á hacer sólida y estable la condición patrimonial de los mismos, y fué principalmente durante el imperio del derecho consuetudinario en Francia cuando se introdujo el uso de hacer esta renuncia, en oposición con el Derecho romano, que declaraba sin validez cualquier pacto por medio del cual se renunciara á la herencia que no hubiese sido deferida todavía.

Otras legislaciones, por el contrario, declaran á la mujer incapaz para suceder en concurrrencia con los varones, ya con relación á la herencia de todos los parientes, ya respecto sólo de los ascendientes.

Interésanos, sin embargo, hacer constar que aun cuando en este caso la exclusión de la mujer era consecuencia de la disposición de la ley, se acostumbraba, sin embargo, hacer la

renuncia á la herencia futura por superabundancia y para mayor formalidad.

Esta forma de renuncia, que no podía reputarse como una verdadera y propia renuncia contractual, fué llamada *supererogatoria* ó *famulativa*.

Abolidas con las nuevas leyes las renuncias á las sucesiones futuras, nació naturalmente la cuestión de derecho transitorio de si debían ser consideradas eficaces aquellas que hubieran sido hechas bajo el imperio de las leyes anteriores que permitían dichas renuncias. Esta cuestión surgió primero en Francia y después en Italia. La doctrina que prevaleció fué la de que las renuncias *supererogatorias* (*surérogatoires*) ó *famulativas* deben ser reputadas ineficaces después de haber empezado á regir la ley nueva que haya abolido la exclusión de la mujer en la sucesión (1); pero que no puede decirse lo mismo respecto de las renuncias pactadas ó contractuales hechas en aquellos lugares donde no regía el estatuto que excluía á la mujer de la sucesión, ó que le concedía solamente el renunciarla mediante pacto expreso.

Existe, pues, motivo para considerar que en este último caso, como la renuncia encontraba su base en el contrato y estaba subordinada á una mutua correlación, debía por esto ser considerada eficaz, no obstante la nueva ley sobreviniente, á semejanza de todos los demás contratos válidamente terminados bajo el imperio de la legislación antigua, de cuyo contrato eran nacidos derechos perfectos, que no podían ser desconocidos por consecuencia de la nueva ley sin violar los derechos adquiridos.

En Italia la jurisprudencia admite el mismo principio, y tanto en el Piamonte, como en el ex Reino de Nápoles, se de-

---

(1) Véase, respecto de Francia, la ley de 15 de Marzo de 1790 y 8 de Abril de 1791, y la ley 18 pluvioso, año V, y las sentencias de las Cortes de Apelación de Bastia del 14 de Abril de 1834, y de Casación francesa de 30 de Diciembre de 1816, 18 de Junio de 1822 y 28 de Mayo de 1828.

cidió que, á pesar de las nuevas leyes que prohibían renunciar las herencias futuras, las renuncias anteriores hechas por las mujeres por contratos, deberán ser reputadas válidas y eficaces con arreglo á la legislación anterior. Solamente para las renuncias *supererogatorias* fué considerado que debía reputárselas ineficaces, porque la exclusión de las mujeres en aquellos países, en que se hallaba así dispuesto por la ley, teniendo á ésta por base, no podía subsistir después que las nuevas disposiciones legales habían sancionado el principio contrario.

246. La cuestión ha sido resuelta según los principios de la ciencia cuando se trató de establecer la regla de derecho transitorio que debía fijarse en la ley para la promulgación del Código civil italiano.

En la Comisión que discutió la citada ley transitoria, fué tratada largamente la cuestión de si debían ó no ser declaradas privadas de todos sus efectos, después de la promulgación del Código civil, las renuncias á la herencia futura hechas por la mujer en el contrato de matrimonio ó por otros medios, en razón á considerarlas ineficaces dicho Código. Unos sostenían calurosamente que, en consonancia con los principios de derecho transitorio, las renuncias contractuales hechas con ocasión del matrimonio debían ser respetadas, porque no se podía menos de considerar en ellas los elementos de un contrato terminado en vista de una obligación correlativa. Tienen, en efecto, estas el carácter de un contrato aleatorio, pudiendo suceder tanto el caso de que la hija haya recibido como dote menor cantidad de la que le correspondería al tiempo de abrirse la sucesión, porque la fortuna de sus progenitores hubiese prosperado, como en el en que, por el contrario, la hija haya sido favorecida, porque después de hecha la renuncia haya caído en ruina ó haya sido disminuído el patrimonio de la familia.

Esta es la teoría que nos parece más conforme á los principios generales del respeto debido á los derechos adquiridos, á saber: que las renuncias contractuales estipuladas bajo el im-

perio de las leyes anteriores que las permitían, deben ser válidas y eficaces, á pesar de que la nueva ley las prohiba.

Sin embargo, prevaleció la opinión de los que sostenían no debía hacerse ninguna distinción entre las renuncias contractuales y las no contractuales, porque se hizo observar que el liberal sistema establecido por el nuevo Código italiano para la sucesión de las hembras, no hubiera podido ser promulgado si se hubiese hecho cualquiera distinción que abriera la puerta á innumerables litigios.

247. Por consecuencia de estas consideraciones, se encuentra sancionado en el art. 22 de la ley transitoria italiana el principio, en virtud del cual han sido declaradas privadas de todo efecto las renuncias hechas por la mujer en el acta dotal ó por cualquier otro medio en conformidad de las leyes anteriores, tanto en el caso de que éstas excluyan á la mujer de la sucesión, como en el de que la admita en concurrencia con los varones.

El mismo principio fué establecido respecto de los religiosos profesos, é igual disposición se consignó para las renuncias contenidas en las actas y decretos de legitimaciones respecto á las sucesiones entre ascendientes y descendientes legitimados, con relación á las cuales fueron declaradas ineficaces las renuncias hechas según las leyes anteriores.

Reasumiendo todo lo que hemos expuesto hasta aquí, debemos deducir, por conclusión, que para resolver la cuestión propuesta de si debe ser aplicada la nueva ley que declara nulo algún pacto relativo á la sucesión futura, para considerar sin efecto las renuncias pactadas bajo el imperio de leyes anteriores que las permitían, hay necesidad de tener presente la siguiente regla:

Si se encontrase en las leyes transitorias una disposición expresa como la que se encuentra en la italiana, se deberá resolver en conformidad de ella; pero si no existiese tal disposición, se deberán considerar, en conformidad á los principios de la ciencia y á los establecidos por la jurisprudencia, válidas y

eficaces las renuncias á la herencia futura estipuladas bajo las leyes anteriores, mediante contrato válido, en armonía con ellas. En cuanto á las exclusiones de las hembras, de los monjes profesos y de otras personas declaradas incapaces para suceder por las leyes anteriores que regían cuando fué hecho el contrato de matrimonio, ó la profesión religiosa, ó el acto de legitimación, ú otro semejante, dado también el caso de que la exclusión sancionada por las leyes hubiese sido confirmada de nuevo en el contrato ó en el acto citados, la promulgación de la ley nueva que haya quitado la exclusión de dichas personas debe valer para convertir á las mismas, *ipso jure*, en capaces para suceder en las sucesiones abiertas después de haber empezado á regir, y no podría constituir un obstáculo para ello la declaración hecha por las mismas personas.

§ 2.° *De la sucesión testamentaria.*

248. Idea general del testamento en sus relaciones con la ley.

248. El testamento es el acto que contiene la suprema y última voluntad del difunto respecto de la sucesión de su herencia, y expresa, por lo tanto, aquello que el testador quiere en el momento de su muerte. Dicha voluntad puede ser establecida ú ordenada, y lo es comunmente, con anterioridad al tiempo del fallecimiento, pero cuando esta disposición del testador no ha sido modificada y sí mantenida después en todas sus partes, es indudable que viene á ser eficaz, como expresión de su última voluntad, para regir la sucesión.

Para determinar cómo deben aplicarse las leyes antiguas y las nuevas en cuanto concierne á la sucesión testamentaria, es necesario distinguir y examinar con separación los tres aspectos bajo los cuales puede ser considerado el testamento, á saber: 1.°, en cuanto es manifestación concreta y de hecho de la voluntad del difunto; 2.°, en cuanto es título jurídico para la adquisición de los derechos hereditarios por los sucesores

llamados en la sucesión testamentaria; y 3.°, en cuanto viene á ser norma para el ejercicio de los mismos derechos y regla de las circunstancias esenciales y de las consecuencias jurídicas que se derivan de su ejecución.

La ley sujeta á sus preceptos imperativos el testamento bajo todos estos aspectos y determina quiénes son capaces para disponer y recibir por testamento, cuál es la forma exigida para la eficacia del mismo, cuál sea su naturaleza jurídica, qué condiciones son indispensables para que pueda ser tenido como título jurídico eficaz para la adquisición de los derechos concedidos por él á los llamados á suceder, y cuáles son los efectos que de él se derivan y las ulteriores consecuencias de su ejecución. Pero puede ocurrir que en el período de tiempo, más ó menos largo, transcurrido entre el momento en que es hecho el testamento y aquel en que se desenvuelven ó tienen lugar las consecuencias citadas de su ejecución, sea modificada la ley, y para decidir en este caso cuándo debe aplicarse la ley antigua y cuándo la nueva, es indispensable distinguir, como antes hemos dicho, los diversos puntos de vista bajo los cuales es objeto el testamento de las distintas disposiciones legales.

A

Del testamento como cuestión de hecho.

249. Del testamento como cuestión ó asunto de hecho.—250. Forma para la validez del testamento.—251. Interpretación de la disposición.—252. Valor jurídico de las condiciones puestas.—253. Diferencias de la ley antigua y de la nueva acerca de las condiciones jurídicas de las cosas.—254. Hechos idóneos para su revocación.—255. Del testamento conjuntivo ejecutado en parte antes de la promulgación de la ley nueva.—259. Disposiciones consignadas en un mismo acto, aunque á favor de terceras personas.

249. Ante todo, es necesario distinguir la disposición de la última voluntad como cuestión de hecho de la misma disposición en cuanto es cuestión de derecho.

Bajo el primero de estos aspectos, el testamento es una declaración de su voluntad hecha por el testador, por medio de la cual él dispone, para el tiempo en que ya no exista, de la totalidad ó de una parte de sus bienes ó sólo de cosa determinada en favor de una ó de más personas, ó bien impone determinadas obligaciones á sus herederos. Dicha declaración, considerada en sí misma como acto puro y simple é independientemente de los derechos que de ella se quieran derivar, debe existir, ser cierta, concreta y determinada, y revestida de las formas extrínsecas exigidas por la ley.

Considerado el testamento en este aspecto, cae bajo el imperio de la ley que estuviere vigente al tiempo de ser redactado. En efecto, siendo esta manifestación ó declaración de la voluntad un acto material, queda desde luego consumado, y, por lo tanto, debe considerarse como *pasado* respecto de la ley nueva.

250. En el supuesto, pues, de que la ley nueva prescribiera bajo pena de nulidad nuevas formas para la disposición de las últimas voluntades, sus preceptos no afectarían á los testamentos hechos ya bajo el imperio de la legislación anterior

con arreglo á las formalidades legales exigidas por la misma; de lo cual se deduce que el testamento, en cuanto á su forma extrínseca, se rige por la ley vigente al tiempo de su otorgamiento, y ordenado así, debe ser considerado eficaz para regular la sucesión, aun cuando ésta fuera abierta después de la promulgación de la ley nueva.

Sin embargo, no puede negarse al legislador el derecho de imponer á todos los súbditos la obligación de renovar ciertos testamentos precedentemente hechos y de atenerse á las disposiciones de la ley nueva en cuanto á las formas de testar. En estos casos la equidad exige que se señale un término conveniente para rehacer el testamento después de la promulgación de la nueva ley. Así lo hizo el legislador italiano respecto de los testamentos por acto privado ó extrajudicial hechos con arreglo á la legislación vigente antes de la publicación del Código civil de dicha nación.

Habiendo dispuesto éste que el testamento por documento privado no podría ser válido más que en el caso de hallarse escrito en su totalidad, fechado y firmado de mano del testador (art. 775), por la ley transitoria fué sancionada la regla de que los testamentos hechos bajo el imperio de la legislación precedente debían ser renovados dentro del término de dos meses para que tuvieran fuerza y valor, si no se hallaren escritos, fechados y firmados de mano del testador (art. 23 de dicha ley).

Por consecuencia de esta disposición, respecto de las sucesiones que hubieran de abrirse dentro de los dos meses siguientes, á contar desde el día de la publicación del Código citado, fueron considerados válidos los testamentos hechos con arreglo á las leyes anteriores en virtud del principio general de que la forma extrínseca del testamento tiene que regirse por la ley vigente al tiempo en que hubiere sido hecho. Por el contrario, en cuanto á las sucesiones que habían de ser abiertas después de los dos meses indicados, fué aplicada la disposición establecida por la ley transitoria y no se reputaron válidos los testamentos que no hubieran sido renovados en

conformidad á lo que había dispuesto el legislador en dicha ley.

Si en lugar de exigir mayores solemnidades, la ley nueva simplificase la forma de los testamentos, no por esto llegarían á ser válidos, á pesar de haberse abierto la sucesión después de la promulgación de dicha ley, aquellos testamentos hechos bajo el imperio de la legislación anterior que fueren nulos con arreglo á ella por no haberse observado alguna de las formalidades esenciales exigidas por la misma, aunque en la nueva, durante cuya vigencia se hubiere abierto la sucesión, no fuera causa de nulidad la formalidad omitida en ellos. Es, en efecto, evidente que aquel que expresa su voluntad, pero sin revestir dicha declaración de las formalidades legales exigidas por la ley á la sazón vigente, viene con ello á demostrar que su intención no fué hacer un verdadero testamento, sino un simple proyecto.

De lo dicho se deduce que el testamento ológrafo hecho bajo las leyes pontificias, que no admitían tal forma de testar, no puede surtir efecto alguno para regular la sucesión que hubiera de abrirse después de promulgado el vigente Código civil italiano, aun cuando dicho testamento estuviese escrito, fechado y firmado de mano del testador, en conformidad con lo que dispone dicho Código. Para admitir que el testador quiso dar á dicho acto la fuerza y valor jurídico que le atribuye el nuevo Código, sería preciso, á lo menos, que le hubiese fechado de nuevo después de la promulgación de éste, demostrando con ese hecho su voluntad de que surtiera efecto.

251. Para determinar y confirmar cuál sea la voluntad concreta del testador en el caso de existir dudas sobre ello, hay que referirse también á la legislación que estuviere vigente al tiempo de la formación del testamento.

La voluntad del testador se debe deducir ante todo de la forma con arreglo á la que hubiere expresado la disposición hecha por él. Esto sentado, puede muy bien ocurrir que la ley nueva establezca ciertas reglas para determinar la voluntad

del testador en consideración á la forma extrínseca de su disposición, que sean distintas de las establecidas por la legislación vigente en el momento en que fuere hecho el testamento. Por ejemplo, el legislador puede disponer que el legado de cosa determinada, ó el de cantidad, repetido en idénticos términos en el mismo testamento, haya de entenderse en el sentido de que el testador quiso con ello ordenar un doble legado, concediendo, por lo tanto, al legatario el derecho de exigirlo tantas veces cuantas hubiere sido repetido. Por el contrario, otro legislador puede disponer que el legado de cantidad repetido en términos idénticos en el mismo testamento deba ser considerado como repetido por error, no teniendo en su virtud el legatario otro derecho que el de exigirlo una vez sola.

Cuando tal diferencia exista entre la ley nueva y la antigua, es preciso estar á lo dispuesto en la legislación vigente al tiempo en que hubiere sido hecho el testamento para determinar con arreglo á ella de qué modo debe presumirse la voluntad del testador por la forma extrínseca de su disposición testamentaria.

En conformidad con este principio ha sido resuelta dicha cuestión en Italia. En efecto, siendo distinta la regla establecida por el Código civil austriaco de la sancionada por el Código italiano respecto de los legados de cantidad repetidos en el mismo testamento, se ha considerado que era necesario referirse á la ley bajo cuyo imperio fuese hecho aquél para deducir con arreglo á ella la voluntad del testador; y en su consecuencia á los testamentos otorgados en las provincias italianas sujetas anteriormente á Austria, mientras rigió en ellas el Código civil austriaco se ha aplicado la regla establecida por dicho Código, y no la de la nueva legislación italiana, aun cuando la sucesión hubiera sido abierta después de haber empezado á regir dicha legislación (1).

(1) Conf. Tribunal de Milán, sentencia de 28 de Abril de 1878.

252. Al interpretar la voluntad del testador pueden surgir algunas dudas acerca del valor de ciertas condiciones puestas por el mismo, en el supuesto de que dichas condiciones tengan una determinada cualificación jurídica en la legislación vigente á la fecha en que hubiere sido hecho el testamento, distinta de la que le corresponda en la que estuviere en vigor cuando haya de abrirse la sucesión.

Supongamos, por ejemplo, que un testador haya instituído heredera á su esposa bajo la condición de que conserve el estado de viuda. Cuando la nueva ley no considere válido el matrimonio para todos los efectos civiles más que en el caso de haberse celebrado ante el funcionario del estado civil y declarase por consecuencia de ello ineficaz para dichos efectos el matrimonio celebrado únicamente con arreglo al rito canónico, ¿deberá considerarse terminado el estado de viudez respecto de la mujer del testador difunto cuando ésta hubiere contraído nuevo matrimonio solamente con arreglo al rito canónico, ó habrá de reputarse, por el contrario, ineficaz dicha unión en cuanto á los efectos civiles?

Es indudable que bajo el punto de vista del Derecho civil el estado de viudez no debe considerarse jurídicamente terminado más que con la legal existencia de un segundo matrimonio; y como no puede sostenerse que deba reputarse existente para los efectos civiles el matrimonio sino cuando se ha celebrado con arreglo á la forma exigida por la ley para su validez, de aquí que no sea posible admitir la caducidad de aquel derecho concedido á la viuda ni la pérdida de ningún otro derecho civil por consecuencia de una unión matrimonial que no deba reputarse jurídicamente existente.

La cuestión debe ser resuelta en este sentido, ateniéndose al rigorismo de los principios; pero puede no obstante sostenerse la opinión contraria si se considera el estado de viudez, impuesto por el testador, no ya como una condición puramente jurídica, sino como un estado de hecho. En efecto, la condición que en el caso supuesto impusiera á la mujer la obligación

de no volverse á casar como condición precisa para gozar la liberalidad hecha á favor de la misma, no podía hacer y no haría distinción alguna entre el matrimonio civil y el matrimonio religioso, porque no existía esta diferencia en el tiempo en que dicha condición fué impuesta. Teniendo en consideración por otra parte la voluntad del testador, y fijándose en la sustancia de la condición citada, preciso es reconocer que su intención fué imponer á la mujer la de que permaneciendo viuda se consagrase al culto de la familia para gozar, por virtud de ello, de la liberalidad hecha á la misma. De donde se deduce que la voluntad del testador fué la de prohibir á la viuda cualquier especie de unión que no fuese el concubinato, sin referirse al matrimonio como institución productora ó no productora de efectos civiles. Por lo tanto, siendo el matrimonio celebrado con arreglo á la legislación canónica una unión regular y moral para toda mujer católica y de puras costumbres, que uniéndose así á un hombre haya hecho santificar esa unión por medio del rito religioso, es necesario admitir que la condición impuesta por el marido para la caducidad de su disposición testamentaria, debe estimarse extensiva aun para el caso de que la viuda haya contraído matrimonio con arreglo únicamente á dicho rito bajo el imperio de la nueva ley que declare que éste por sí sólo no puede surtir efectos civiles (1).

253. Puede también suceder que la divergencia entre la ley del tiempo del testamento y la que estuviere vigente al fallecimiento del testador, consista en el distinto modo como definan una y otra la condición jurídica de las cosas que hayan sido objeto de la disposición testamentaria.

Así ocurriría, por ejemplo, si la disposición de la ley antigua, con arreglo á la cual hubiese sido hecho el testamento, considerase en general y por igual los bienes muebles y los

---

(1) Confr. Corte de Roma, S. 7 de Mayo de 1879. Foro ital. 1879, p. 838. Corte de Milán, S. 28 de Abril de 1878. *Monitore*, 1878, p. 621.

inmuebles, y la ley nueva hubiera ampliado ó restringido el significado jurídico de las cosas muebles ó de las inmuebles.

No se puede poner en duda que la ley nueva que determine la condición jurídica de las cosas debe aplicarse indistintamente á todas ellas, y como además cuando el testamento empieza á ser eficaz es á la muerte del testador, parece lo natural que debiera ser aplicada la ley vigente en dicho momento para determinar qué cosas deben considerarse ó no comprendidas en la categoría de las muebles ó de las inmuebles.

Sin embargo, siendo también en esto decisiva la voluntad del disponente, hay necesidad de distinguir, en vista de las circunstancias de cada caso, si fué la voluntad del difunto dejar aquellas determinadas cosas materiales que la ley vigente llamaba muebles, y que por eso las denominó él también de dicho modo, ó bien si el testador tuvo el pensamiento de dejar tal ó cual parte de su patrimonio, partiendo, al hacer esta disposición, del carácter especial de movilidad ó inmovilidad de los bienes, ó del concepto propio de su condición jurídica considerado en abstracto.

En el primer caso, la variación que sobreviniere en las disposiciones de la ley no puede ejercer influjo alguno en el testamento ya hecho, porque el testador no podía designar de otro modo las cosas más que según el concepto jurídico que las mismas tuviesen en el momento en que las designó disponiendo acerca de ellas. El testamento, como cuestión de hecho, quedó además consumado cuando le hizo el testador, y no puede en manera alguna suponerse que éste hubiera de referirse para el significado jurídico de las palabras empleadas por él á ninguna otra ley más que á aquella que estuviese en vigor al tiempo en que fué hecho el testamento.

En el segundo caso podría ser aplicada la ley nueva, porque resultaría manifiesto que la intención del testador fué la de disponer de aquella parte de sus bienes que según el concepto jurídico abstracto de la movilidad ó inmovilidad de los mismos tuviese una ú otra calificación legal; y como la con-

dición jurídica de las cosas debe regirse por la ley vigente en el momento en que han de adquirirse los derechos sobre las mismas, hay necesidad, por lo tanto, de referirse á la ley del tiempo del fallecimiento del causante de la sucesión, para determinar cuáles de los bienes de la misma deben reputarse muebles ó inmuebles (1).

254. En cuanto á los actos y circunstancias que puedan quitar toda eficacia al testamento ó producir su revocación, hay necesidad también de referirse á la ley vigente al tiempo en que fueran ejecutados los actos ó empezaran á tener lugar las circunstancias de las cuales haya de deducirse la intención de la revocación.

Esta puede llevarse á cabo mediante hechos relacionados con el testamento, ó por actos distintos é independientes de él. En efecto, el testador puede cancelar ó destruir una parte sola de su disposición testamentaria, manifestando así expresamente, y por medio de estos hechos relacionados con ella, su voluntad de revocar aquella parte de su citada disposición, ó bien puede con un acto posterior revocar formalmente el testamento hecho por él. Tanto en uno como en otro de dichos casos, conviene referirse para la resolución de esta cuestión á la ley que estuviere en vigor al tiempo en que hubiere sido puesto en ejecución el acto del cual haya de deducirse la revocación.

Suponiendo, por vía de ejemplo, que según la legislación vigente el testamento posterior revoque al anterior en todas sus partes sin necesidad de expresa declaración, como sucede en la legislación austriaca (art. 713, Código civil), en este caso preciso será reputar revocado el testamento anterior cuando el testador otorgase uno nuevo, aun cuando á la muerte de éste hubiera sido promulgada ya una ley nueva que dispusiera, á

---

(1) En este punto están en completo desacuerdo los jurisconsultos. La opinión expuesta se halla confirmada por la autoridad de DEMOLOMBE, Volumen 1.°, § 46; pero es contrario á ella MERLÍN.

semejanza de la italiana (art. 920), que el testamento posterior no produce la revocación del anterior cuando no se haga en aquél la formal declaración de querer revocarle, sino únicamente la de aquellas disposiciones del testamento precedente que no sean compatibles con las del nuevamente hecho.

La razón y el fundamento de esta regla estriba en que, como la revocación quedó consumada con el hecho del otorgamiento del testamento posterior llevado á cabo bajo el imperio de la ley que á tal acto atribuía fuerza revocatoria para dicho efecto, no es posible que de nuevo reviva la disposición testamentaria, revocada ya, por el hecho de haber sobrevenido una ley nueva que disponga lo contrario de la anterior.

Por el contrario, si en lugar de aquel precepto la ley vigente no diera fuerza revocatoria en absoluto al testamento posterior, pudiendo en su consecuencia subsistir ambos con arreglo á la legislación en vigor al tiempo en que hubieren sido otorgados, no podría reputarse revocado el anterior, aunque después viniera una nueva ley á disponer que el testamento posterior deroga al precedente.

255. Una grave cuestión puede suscitarse en el caso de que exista divergencia entre la ley antigua y la nueva respecto á la solidaridad del testamento conjuntivo. Llámase así aquel en que más de una persona disponen de sus bienes en un mismo acto recíprocamente unos en favor de otros ó en favor de terceras personas. Esta forma de testar era admitida por el derecho pontificio, y también por la legislación francesa anterior al Código de Napoleón que prohibió tales disposiciones.

Cuando fué publicado el Código civil italiano hubo de surgir dicha cuestión en este país, puesto que el testamento conjuntivo era permitido por las leyes vigentes en las provincias del ex Estado romano, y el citado Código los prohibió, disponiendo en su art. 761 que no pudiera hacerse testamento por dos ó más personas en un mismo acto ni á favor de un tercero, ni con disposición recíproca entre los otorgantes. A consecuencia de dicha disposición se suscitó la duda de si el testamento

conjuntivo hecho antes de empezar á regir el Código civil, con arreglo á las leyes precedentes que le permitían, podría tener eficacia para regular la sucesión que hubiere sido abierta bajo el imperio de dicho Código, que prohibió tales testamentos bajo pena de nulidad.

256. La jurisprudencia no ha sido en este punto uniforme. En efecto, algunos Tribunales han decidido que dichos testamentos debían ser reputados en absoluto nulos por consecuencia de la disposición de la ley nueva que prohibía absolutamente el testamento conjuntivo, y han estimado en su virtud que no podían ser eficaces para regir una sucesión abierta después de la promulgación del Código civil (1). Otros, por el contrario, han resuelto en sentido opuesto (2), y las dos teorías han sido mantenidas por reputados escritores, de los cuales unos sostienen la afirmativa (3) y otros la negativa (4).

Toda la razón de esta divergencia de opiniones consiste en que algunos han considerado la circunstancia de hallarse reunida en un mismo acto la disposición testamentaria de más de una persona como cuestión de pura forma, y en su consecuencia han supuesto que debe estarse para su resolución á la

---

(1) Corte de Roma, 23 Julio 1873, *Giur. it.* XXVI, 1, 2, 246.—20 Noviembre 1878, *Foro it.*, 1879, 1, 322.—Corte de Turín, 12 Abril 1870, *Gac. Trib.* de Génova, 1870, 451.—7 Abril 1876, *Giur. it.*, 28, 2, 596.—Cass. de Roma, 6 Marzo 1880, *Foro it.*, 1880, 1, 270.—Venecia 27 Febrero 1879.

(2) Cass. de Milán, 15 Julio 1864, *Giur. it.*, XVI, 1, 546.—Cass. de Roma, 25 Abril 1876, *Giur. it.*, XVI, 1, 708.—Cass. de Turín, 19 Diciembre 1873, *Giur. Torinese*, 11, 145.—Tribunal de Peruza, 24 Abril 1873, ley XII 1, 328.—Corte de Mesina, 23 Diciembre 1865, *Giur. it.*, XVII, 2, 675.—Peruza, 24 Abril 1873, *Anales*, 1874, 2, 167.—Ancona, 26 Diciembre 1873, *Anales*, 1874, 2, 287.

(3) Borsari, *Commento al Cod. civ.* § 1634.—Gabba, *Teor. della retroattivitá*, vol. 3.°, pág. 306, y *Giur. it.*, XXVIII, par. IV.—Tedeschi, *Giornale delle leggi.*, 1875, pág. 138.—Ferrari, *Foro it.*, 1879, 1.ª, 322.—Ricci, *Corso di diritto civ.*, vol. III, núm. 92.

(4) Miraglia, *Leggi civili*, 1, 712.—Pacifici Mazzoni, *Delle successioni*, vol. II, núm. 25.—Buniva, *Delle successioni*, II, 69.—Dialti, *Foro it.*, 1880, 270.

legislación vigente al tiempo en que hubiere sido hecho el testamento lo mismo que en los demás casos de duda en cuanto á la forma del acto; y, por el contrario, otros han visto en ella una cuestión que afecta á la sustancia de la disposición, porque han considerado la ley que permite ó prohibe testar conjuntivamente como una de las que se contraen al contenido del testamento y determinan los elementos esenciales para la sustancia de la disposición testamentaria, y en su virtud sostienen que debe depender dicha resolución de la ley que estuviere en vigor en el momento de abrirse la sucesión, lo mismo que en todos los casos de controversia acerca de los elementos sustanciales y esenciales exigidos para el acto testamentario.

Los escritores franceses, que han discutido también esta cuestión con relación al derecho francés, han sostenido la validez del testamento conjuntivo hecho bajo el imperio de las leyes anteriores que le permitían, porque han considerado la cuestión como una de aquellas que conciernen á la forma del acto, y de tal opinión es ZACCARIA, el cual dice que la prohibición impuesta por el art. 968 del Código francés, que contiene una disposición semejante á la antes mencionada del Código italiano, no afectaría á los testamentos conjuntivos hechos antes de la promulgación de aquél, porque como la prohibición citada entraña una condición de forma relativa al modo de expresar la voluntad del testador, no podría ser aplicada para declarar nulos los testamentos conjuntivos otorgados en aquellos países, en los que era admitida, con arreglo á la legislación anterior, dicha forma de testar.

Esta misma teoría ha sido sostenida en Francia por otros muchos escritores, los cuales se han fundado, para mantener tal opinión, en la consideración de que se trata de una cuestión de forma, porque la prohibición establecida por el nuevo Código se encuentra comprendida precisamente bajo el epígrafe de las disposiciones generales sobre la forma de los testamentos. De dicha circunstancia han sacado tales escritores un valioso argumento para sostener que se trata de una cuestión de forma,

y en virtud del principio generalmente admitido de que la forma del testamento debe ser regida por la ley vigente en el momento en que el testamento es hecho, han deducido racionalmente que deben reputarse válidos los testamentos conjuntivos otorgados bajo el imperio de las leyes anteriores que consentían tal forma de testar.

257. Los escritores italianos que han combatido, por el contrario, la validez del testamento conjuntivo con relación al nuevo Código que lo prohibe, han partido como argumento principal de la consideración de que toda la razón de la prohibición citada consiste, según resulta de los trabajos preparatorios de dicho Código, en que el legislador italiano ha estimado al testamento conjuntivo desprovisto de los elementos esenciales exigidos para el acto testamentario, y principalmente de la libertad necesaria para otorgarle y revocarle. También han tenido en cuenta para ello que dicha prohibición no se encuentra en el Código italiano, como en el francés, en el tratado correspondiente á la forma del testamento, sino en la parte relativa á los caracteres sustanciales del mismo.

Prescindiendo de examinar la cuestión especialmente con relación al Código francés ó al italiano, nos parece en resumen, que, dado que una ley nueva prohiba los testamentos conjuntivos admitidos por la legislación anterior, dicha ley debe servir para hacer ineficaces los testamentos hechos bajo el imperio de la legislación precedente, cuando se pretenda regular con arreglo á ella las sucesiones abiertas después de haber empezado á regir la ley nueva.

Debemos, en efecto, observar que, según los principios generales del Derecho, los caracteres jurídicos esenciales del testamento son dos, á saber: el ser dicho acto absolutamente libre y ser plenamente revocable. Ahora bien; si el legislador, considerando que tales elementos faltan en el testamento conjuntivo lo ha prohibido con muy justo acuerdo, ¿cómo podría sostenerse que un acto al cual faltan los elementos esenciales exigidos para ser reputado testamento, había de ser eficaz,

como tal, para regular las sucesiones abiertas después de haber empezado á estar en vigor dicha ley?

Que las disposiciones testamentarias recíprocas hechas en el mismo acto por más de una persona carecen de los caracteres esenciales, se comprende fácilmente, porque no se puede con exactitud sostener que un acto así llevado á cabo sea plenamente libre y revocable.

En cuanto al requisito de la libertad, que es uno de los caracteres esenciales del testamento según antes hemos dicho, basta tener en cuenta que no pueden ser absolutamente libres las disposiciones recíprocas hechas entre dos personas que mutuamente disponen entre sí de sus respectivas herencias. Y en cuanto á la revocabilidad, resulta además evidente que la revocación de tales disposiciones debe encontrar un verdadero obstáculo en el respeto de la fe recíproca, en los vínculos morales, en consideraciones de interés, y en otra porción de circunstancias, las cuales, ejerciendo un influjo moral indisputable sobre la voluntad del testador, deben quitar al mismo aquella plena libertad que es de esencia en los testamentos.

Esto sentado, si el testador, en consideración á estas razones, ha pohibido en la ley nueva los testamentos conjuntivos, ¿cómo puede pretenderse que con tal precepto no ha querido proveer más que á una pura cuestión de forma?

258. Unicamente podría admitirse que cuando el testamento conjuntivo hubiese sido hecho bajo el imperio de la legislación anterior que las permitía y uno de los otorgantes hubiese muerto antes de la promulgación de la ley nueva que prohibe tal forma de testar, haya de ser eficaz dicha disposición testamentaria para regular la sucesión respecto del otro, aun cuando ésta deba abrirse después de empezar á regir la ley nueva.

Sería, en efecto, contrario á todo principio de equidad el considerar privado de eficacia jurídica en dicho caso al testamento respecto del co-otorgante sobreviviente después de haberse estimado como válido y haber surtido todos sus efectos para regular la sucesión del otro disponente, muerto antes de

la promulgación de la nueva ley. Se podría con razón sostener, en su virtud, que no siendo posible rescindir el acto y habiéndose convenido en la eficacia del mismo, antes de sobrevenir la ley nueva, por consecuencia de lo que había sido regulada con arreglo á él la sucesión abierta bajo el imperio de la legislación anterior que reputaba válidos dichos testamentos, tiene necesariamente que atribuírsele también el mismo efecto con relación al otro de los otorgantes. Pero si, por el contrario, subsistían ambos testadores el día de la publicación de la ley nueva que hubiere declarado nulos los testamentos conjuntivos, no podría ser válido el hecho por ellos bajo el imperio de la legislación anterior, que los permitía, porque no deben surtir los efectos de un testamento aquellos actos que no pueden ser considerados como tal, según la legislación vigente, en el momento en que se abre la sucesión.

259. Puede además ocurrir que bajo el imperio de la legislación anterior se hubiesen hecho disposiciones testamentarias en un mismo acto á favor de terceras personas, no tratándose de disposiciones mutuas entre los otorgantes, sino que fuesen, por el contrario, absolutamente independientes y que se encontrasen reunidas accidentalmente en el mismo acto por la sola razón de que tal forma de testar era permitida por la ley á la sazón vigente. En este supuesto, parece lo más conforme á los principios de justicia mantener la eficacia de las disposiciones citadas.

En efecto; no puede menos de considerarse en este caso como una cuestión de forma la accidental conjunción de dichas disposiciones hechas de buena fe en el mismo acto, porque la ley lo permitía. Y excluyendo, por lo tanto, toda sospecha de captación y de falta de libre voluntad por parte de los otorgantes que vulnerase el contenido del testamento, sería contra toda razón el pretender extender la prohibición posterior á aquellas disposiciones hechas de buena fe en la forma permitida por la ley á la sazón vigente.

B

Del testamento como institución jurídica.

260. Ley aplicable al contenido del testamento.—261. De la capacidad para disponer por testamento.—262. Aplicación de la regla relativa á la capacidad del testador.—263. Capacidad para recibir por testamento.—264. De los bienes de que se puede disponer por testamento.—265. De la ley aplicable para fijar la cuantía de la legítima y de la parte de la herencia de libre disposición por parte del testador.—266. De la formación de la masa y del activo.—267. Del derecho de acrecer.—268. De la validez y de la caducidad intrínseca del testamento.—269. De las sustituciones.—270. Discusión acerca de los efectos de la sustitución pupilar y cuasi pupilar hecha bajo el imperio de las leyes anteriores.—271. Teoría adoptada por nosotros.—272. De la revocación del testamento.—273. Ejecución del mismo.

260. El testamento puede ser considerado como acto jurídico en cuanto constituye por sí mismo un título eficaz para adquirir la herencia y para ejercitar los derechos hereditarios. Bajo este aspecto debe ser regido por la legislación vigente al tiempo de abrirse la sucesión y de adquirirse dichos derechos hereditarios.

261. La primera condición indispensable para que pueda existir como acto jurídico eficaz el testamento, es que sea llevado á cabo por persona que tenga capacidad para ello.

Interesa hacer notar, que si bien puede ser hecho el testamento con más ó menos antelación á la muerte del testador, no viene, sin embargo, á constituir un acto jurídico perfecto y eficaz para regular la sucesión y atribuir derechos hereditarios á los llamados en él hasta el momento del fallecimiento, y de aquí que la capacidad exigida por la ley ha de referirse á dichos momentos. Por lo tanto, si durante el período de tiempo que mediare entre el otorgamiento de la disposición testamentaria y la apertura de la sucesión se modificase la legislación en cuanto á la capacidad para disponer por testamento, este nue-

vo precepto, á semejanza de lo que ocurre con todos los relativos á la capacidad, produciría su efecto inmediatamente y haría inatendibles los actos testamentarios de aquéllos, que reresultarían ya incapaces para testar con arreglo á la ley que estaba en vigor á la fecha de su fallecimiento.

Contra esta regla no puede admitirse racionalmente ninguna excepción ni existe dificultad alguna que á ella se oponga, porque, según tenemos dicho en otras ocasiones, no existe ningún derecho creado á favor de los testadores para que el estado de cosas que existía al tiempo del otorgamiento, con relación á la capacidad de los mismos, no sea modificado por una ley posterior que establezca preceptos distintos sobre la capacidad para ejecutar determinados actos jurídicos á partir desde la promulgación de la misma.

En cuanto al testamento llevado á cabo por quien era incapaz para testar, según la legislación vigente al tiempo de ser otorgado, y que debía ser considerado por tal motivo como un acto destituído de validez, no podemos admitir que, aunque se dicte una ley nueva que quite para en adelante aquel determinado motivo de incapacidad de que adolezca dicho testamento, pueda éste por ese solo motivo llegar á ser reputado válido y eficaz.

La razón de ello consiste en que en la transmisión del patrimonio por herencia ó sucesión todo depende de la voluntad del *de cujus*, y por lo tanto es indispensable que el testador no sólo disponga con plenitud de inteligencia y de libertad de querer, sino que además tenga la plena conciencia de ejecutar un acto por sí mismo válido y eficaz para atribuir los derechos hereditarios á las personas favorecidas por el mismo.

Por esto, siendo incapaz el testador en este caso, ejecutaba un acto ó una disposición á la que no podía ciertamente tener el propósito ó la intención de atribuirle los derechos hereditarios siempre que le fuese conocida su incapacidad, y no debía ignorar ni, con arreglo á derecho, desconocer que no podía ejecutar con ello un acto eficaz en sí, toda vez que, según la ley,

era incapaz para testar; y en su consecuencia, dicho acto no podía ser un acto de última voluntad. El que después se publique una ley nueva que suprima la incapacidad citada, no puede servir para convertir en un testamento lo que antes no tenía tal carácter.

Si el autor de dicha disposición testamantaria hubiese ejecutado después de empezar á regir la ley nueva algún otro acto por su parte, del cual pudiera deducirse su intención de aprovecharse de los preceptos de dicha ley y su voluntad de dar fuerza de testamento al acto anteriormente llevado á cabo, en este caso la disposición que originariamente no podía ser considerada como testamento por la falta de capacidad del autor de ella, llegaría á serlo en virtud de la expresión posterior de la voluntad de éste de aprovecharse de la concesión y de la adquisición de la capacidad por virtud de la nueva ley y de dar fuerza de testamento al acto anteriormente celebrado.

Pero faltando este requisito, sería una extraña violación de la libertad del disponente el pretender que aquello que él hizo sabiendo que no podía testar, hubiera de ser declarado y considerado como un testamento sin saberlo él y sin ninguna manifestación de su voluntad por su parte en ese sentido.

Todas las dudas que pudieran ocurrir de la teoría expuesta por nosotros acerca de la capacidad, tienen fácil solución considerando que quien es capaz para testar no puede ostentar ningún derecho nacido á su favor para limitar al legislador el poder indiscutible que al mismo corresponde para modificar las reglas relativas á la capacidad de testar, y teniendo además en cuenta que no puede admitirse que aquellos actos que fueron llevados á cabo por el testador, mientras no podía hacer testamento, sean susceptibles de ser declarados como tal sin conocimiento de su autor.

La plena y absoluta libertad por parte del testador en el momento en que dispone de su herencia, y la voluntad concreta, cierta, legalmente eficaz y bien determinada en cuanto á la disposición de sus bienes para después de la muerte, es,

pues, esencial para dar vida jurídica al acto testamentario.

De lo expuesto podemos deducir como conclusión, que ningún acto puede ser considerado como disposicición de última voluntad, eficaz ó apropiada para dar vida á la sucesión testamentaria si el autor del mismo no era capaz, según la legislación vigente en el momento en que fué otorgado ó llevado á cabo el acto, y según la ley que estuviere en vigor al tiempo de su muerte; y que la ley que hubiere regido en el intermedio entre el otorgamiento y la muerte del testador no puede ejercer influencia alguna en cuanto á este particular (1).

262. Esta regla la consideramos aplicable á toda especie de capacidad jurídica, bien sea la proveniente de la edad exigida para disponer por testamento, bien aquella que se funda en la presunción del necesario desarrollo intelectual ó la que puede depender del poder y de la autoridad que ciertas personas tienen sobre algunas otras. En su virtud, el testamento hecho á los trece años por quien era capaz para testar á tal edad, según la legislación á la sazón en vigor, llegaría á ser ineficaz si después una nueva ley negase la capacidad para testar á los menores de catorce años, y antes de esa edad hubiese fallecido

---

(1) Esta es la opinión de la mayoría de los escritores. Vease CHABOT DE L'ALLIER, vol. III, *testament.*, § IV, p. 348.—DEMOLOMBE, núm. 49.—SAVIGNI, *Traité du droit rom.*, vol. VIII, § 393.—MERLIN, *Effet retroactif.*, *Rep.*, sec. III, § V.—DALLOZ, *Rep.*, vease leyes, núm. 316.—BIANCHI, *dir. civ.*, § 84.—GABBA, *De la retroattività*, vol. III, p. 279.—COLAMARINO, *Elementi di diritto civile*, vol. I, p. 13.—MAZZONI, *Ist.*, vol. I.

En menor número están los que consideran como decisiva para la resolución de esta cuestión la ley vigente al tiempo del testamento, bastando por lo tanto que se tenga capacidad en dicho momento. Tales son FÖRSTER, P. P. Recht., § 10, 39.—BERGMAN, p. 110.—UNGER, § 21, núm. 61.

Otros hay también que, para decidir de la capacidad del testador, atienden sólo á la legislación vigente al tiempo del fallecimiento. En este caso se encuentra MEYER, p. 14, 58 y 59.—LASSALLE tiene también la misma opinión, la cual ha sido más recientemente sostenida por GIANTURCO. *Ist. di diritto civ.*, vol. I, p. 31.

el testador, ó viceversa. El testamento hecho por el sordomudo, declarado incapaz por la legislación en vigor al tiempo de su otorgamiento, no vendrá á ser eficaz por la promulgación de una ley nueva que le declarase capaz para testar. El testamento hecho por la mujer casada sin la autorización del marido estando vigente la legislación que la declaraba capaz para disponer por testamento sin dicha autorización, sería ineficaz si una ley posterior la privase de tal capacidad mientras no obtuviese la autorización de su marido. Y lo mismo sucedería en otros varios casos que podríamos citar.

263. En cuanto á la capacidad para recibir por testamento, como el derecho á la sucesión testamentaria nace en el momento de la muerte, es necesario, por lo tanto, que la persona llamada á suceder sea capaz entonces con arreglo á la legislación que á la sazón estuviere vigente. De lo cual se deduce, que la ley nueva que declare incapaz para recibir por dicho concepto al que era capaz con arreglo á la legislación que rigiera al tiempo de hacerse el testamento, debe ser aplicada para decidir si el heredero ó el legatario puede ó no recibir por testamento y percibir en su consecuencia la herencia ó el legado. Y del mismo modo, si la ley nueva declarase capaz para la testamentifacción pasiva al que anteriormente fuera incapaz, éste adquiriría por virtud de dicha ley los derechos hereditarios en las sucesiones abiertas después de la promulgación de la misma (1).

Respecto de este particular, debemos observar solamente que si la disposición de última voluntad hubiese sido subordinada á una condición suspensiva por virtud de la que no pudiera realizarse ó tener efecto el derecho del heredero ó del le-

(1) Después de la supresión de las órdenes monásticas, habiendo adquirido los monjes la personalidad civil, adquirieron también los derechos hereditarios en las sucesiones abiertas con posterioridad á la publicación de la ley de 7 de Julio de 1866, que concedió á los mismos el pleno goce de los derechos civiles y políticos.

gatario hasta el cumplimiento de la condición, el derecho sucesorio sería adquirido también por éstos desde el momento de la muerte del *de cujus*, por más que no pudiera tener efecto mientras no se realizara el hecho objeto de la condición, y por lo tanto sería necesario igualmente atenerse en ese caso á la legislación vigente en el momento de la apertura de la sucesión, y no á la que estuviere en vigor al tiempo de cumplirse la condición citada, para decidir si el heredero ó el legatario era ó no capaz para aprovecharse de la disposición testamentaria hecha á su favor (1).

264. Respecto de los bienes que pueden ser objeto de una disposición testamentaria á título gratuito, es preciso tener presente que, como la trasferencia de los mismos y los derechos que de ella dimanan no vienen á ser perfectos hasta el momento de la muerte del testador, hay que atenerse á la legislación que entonces se hallare vigente para decidir primero si las cosas objeto de dicha disposición son ó no susceptibles de ello, y para determinar después cuál sea la porción de los indicados bienes de que puede disponerse por testamento y cuáles las condiciones intrínsecas á que deba subordinarse la disposición testamentaria. La ley vigente al tiempo en que fué hecho el testamento es inaplicable, por lo tanto, para todo lo que concierne á su contenido, el cual debe ser regido por la que estuviera en vigor en el momento de la muerte del *de cujus*.

En esta cuestión están de acuerdo los jurisconsultos en su gran mayoría (2).

La ley vigente en el momento de la apertura de la sucesión debe, pues, regular la porción de bienes de que puede disponerse por testamento, el derecho del cónyuge supérstite y de

---

(1) Conf. Sent. del Trib. de Florencia, 6 de Junio de 1879. *Anales* 1, 2, 281 y casación de Turín 22 Febrero 1867. BETTINI, XIX, 188.

(2) Véase: SAVIGNI, lugar antes citado. DEMOLOMBE, núm. 49. MAILHER DE CHASSAT, vol. 2, p. 67. KALINDERO, p. 118. BIANCHI, obra citada antes, § 90. MAZZONI, *Ist.*, § 54. GABBA, obra citada, vol. 3.°, p. 309. GIANTURCO *Ist.*, § 16.

los hijos naturales para obtener una parte de la herencia ó el simple usufructo, la reserva de bienes, el derecho perteneciente á los herederos legitimarios para pedir la reducción de las disposicione del testador que excedan de la parte disponible libremente por él, así como todo cuanto concierne á la transmisión de los bienes hereditarios y á los derechos concedidos por el testamento ó derivados de él. Tales derechos vienen á ser perfectos en el momento de la muerte del testador, y por lo tanto, deben ser regidos exclusivamente por la ley á la sazón vigente, salvo el caso en que por expresa disposición de la ley transitoria se hubiera preceptuado otra cosa distinta.

265. De los principios expuestos se deduce que los herederos legitimarios pueden pedir el aumento de la reserva con arreglo á la ley nueva que hubiese limitado la porción de libre disposición por el testador. Y en este caso, los llamados al goce de la disposición hecha de dicha porción no podrían oponer á la reclamación el precepto de la legislación anterior, bajo cuyo imperio fué hecho el testamento, porque no existiría de su parte un derecho adquirido con relación á la sucesión no abierta aún.

Podrá también suceder que la ley nueva hubiese aumentado la porción libre, y que el testador en su testamento hecho con arreglo á la legislación anterior hubiese dispuesto en favor de terceras personas de mayor cantidad que aquella de que podía disponer por testamento con arreglo á la ley á la sazón vigente. En este caso, aplicando justamente la legislación del tiempo del fallecimiento, que es con arreglo á la que debe regularse y determinarse la cuantía de la porción libre y la de la reserva ó legítima, debe reconocerse dentro de los límites permitidos por dicha ley las disposiciones hechas á favor de las terceras personas favorecidas por el testamento, considerando á éste eficaz en cuanto no exceda de dichos límites. En efecto; el derecho de los reservatarios ó legitimarios para pedir la reducción de las disposiciones testamentarias debe ser regido por la ley vigente en el momento en que tal derecho llega á

ser perfecto, es decir, en el momento de la apertura de la sucesión. Ahora bien; si con arreglo á dicha ley la transmisión de la cuantía ó porción de bienes dejados al favorecido por tal disposición estaba, como hemos dicho, dentro de los límites legales de la parte libre de herencia, resultaría, por tanto, infundada la oposición que se hiciera en el supuesto que queda citado.

Una duda, sin embargo, podría surgir con relación á este particular si el testador hubiere dejado en su testamento al favorecido la cuota alícuota disponible de los bienes. Suponiendo que con arreglo á la legislación vigente al tiempo de hacerse el testamento la cuota disponible libremente por el testador fuera un tercio de los bienes hereditarios, y según la ley vigente en el momento del fallecimiento se hubiese aumentado á la mitad, ¿deberá en este caso adjudicarse al favorecido por la disposición testamentaria la tercera parte ó la mitad de la herencia? Como dice Demolombe, este supuesto sería uno de los casos en que debe interpretarse, con arreglo á los términos del testamento, la intención del testador, para deducir por ella si su voluntad fué la de dejar á la persona llamada al goce de dicha liberalidad todo aquello de que pudiera disponer libremente con arreglo á la legislación que estuviere en vigor á su fallecimiento, ó sólo aquella porción determinada de bienes que autorizaba la ley vigente al tiempo de hacerse el testamento. En caso de duda, consideramos bien fundada la opinión de Bianchi, quien entiende que, según los principios del derecho común, debe ser aplicada la ley que rija el día en que se abre la sucesión, confiriéndose en su consecuencia al favorecido por la liberalidad del testador toda aquella cuota de bienes de que pudiera disponerse con arreglo á dicha ley, á no ser que se probase suficientemente que no quiso exceder en dicha liberalidad la cuota que autorizaba la ley entonces en vigor, y que su intención fué sólo transmitir al llamado á su goce aquella porción determinada de bienes y no otra (1).

(1) Bianchi. *Diritto civile*, § 90-91.

266. Para determinar la cuantía de la legítima con relación á la masa hereditaria y para la formación de la misma, es necesario también atenerse á la ley vigente en el momento del fallecimiento del *de cujus*.

Por lo tanto, para decidir, por ejemplo, si los lucros dotales estipulados en las convenciones matrimoniales ó los concedidos por la ley deben ser deducidos de la parte disponible de la herencia ó de la masa, antes de fijar el importe de la legítima, es necesario estar á lo dispuesto en la legislación vigente al tiempo de abrirse la sucesión y no á la que rigiera cuando fué celebrado el contrato de matrimonio. Esta última ley es, en efecto, decisiva para todo lo que concierne á la subsistencia del derecho á los lucros dotales, pero no para resolver si dichos lucros han de considerarse como un débito, y como tal sacarse de la masa dotal antes de que se fije la cuota legitimaria, ó si, por el contrario, no debe considerárseles comprendidos entre las deudas, siendo lo procedente que sacadas éstas únicamente, se fije el importe del caudal de legítimas, deduciéndose después los lucros dotales de la parte disponible ó de libre disposición por parte del testador. Afectando esta cuestión á la extensión del derecho sucesorio de los herederos legitimarios debe, por lo tanto, ser resuelta en conformidad á las disposiciones de la ley vigente al tiempo de la apertura de la sucesión, que, según hemos dicho, es la que rige para regular los derechos hereditarios, los cuales no llegan hasta entonces á ser perfectos (1).

267. Por la misma razón se debe aplicar dicha ley para resolver si la muerte de alguno de los herederos llamados en el testamento, ocurrida antes del fallecimiento del testador, da lugar al derecho de acrecer en favor de los herederos supervi-

(1) Según el Código vigente actualmente en Italia (art. 1398), los lucros dotales no pueden perjudicar á los derechos de los legitimarios, y en cambio con arreglo al art. 731 del Código Albertino, dichos lucros deben ser sacados de la masa antes de fijarse el importe del caudal de legítimas.

vientes, ó si, por el contrario, deben admitirse en dicho caso á la sucesión por derecho de representación á los descendientes del premuerto.

El haber sido hecho el testamento bajo el imperio de una ley que admitía el derecho de acrecer entre los herederos supervivientes llamados en el testamento, y el haber ocurrido el fallecimiento de uno de ellos durante la vigencia de dicha ley, son circunstancias que no pueden ejercer influjo alguno sobre los derechos sucesorios de aquellos que son llamados á suceder en el día de la apertura de la sucesión, porque los coherederos no pueden adquirir ningún derecho perfecto hasta entonces, y por lo tanto, los derechos sucesorios de los mismos no deben ser regidos por otra ley más que por aquella que estuviere vigente en el momento en que fuere abierta la sucesión (1).

268. En conformidad á los principios expuestos, debe también ser regido por la legislación del tiempo del fallecimiento del testador lo relativo á la desheredación, la preterición, la institución de herederos y la falta de dicha institución, así como la validez ó caducidad intrínseca del testamento. En todos estos casos debe estarse á la regla general de que los derechos, los gravámenes ó cargas, y los beneficios establecidos por el testamento (que es por sí mismo un acto revocable), no pueden constituir, por razón de la revocabilidad del título sobre que se fundan, más que meras espectativas, y por lo mismo no vienen á ser derechos perfectos sino cuando el título se convierte en irrevocable, esto es, en el momento del fallecimiento del testador; y en su virtud, tienen que ser sujetos á la legislación que entonces estuviere en vigor.

269. De lo dicho resulta que la liberalidad, aunque legalmente es conferida con arreglo á la ley del tiempo en que es hecho el testamento, quedará, sin embargo, sin efecto, si an-

---

(1) Confr. Sent. Turín, 21 Mayo 1879. *Gaceta de los Tribunales*, de Milán, 1879, 704.

tes de la apertura de la sucesión sobreviniere una ley nueva que prohiba aquella especie de disposición que hubiere sido hecha.

Así ha sucedido, por ejemplo, en las sucesiones fideicomisarias contenidas en los testamentos hechos bajo el imperio de la legislación que los permitía y que quedaron sin efecto respecto de las sucesiones abiertas después de la promulgación del Código civil italiano que las prohibe (art. 899).

Ninguna duda puede caber de que después de empezar á regir dicho Código solamente deben ser respetados los actos consumados bajo el imperio de las leyes anteriores. Por lo tanto, valdrán y surtirán su efecto los derechos adquiridos en cuanto á las sucesiones abiertas mientras dichas leyes estaban en vigor; pero en las que lo fueren después de promulgado el nuevo Código, ninguna forma de sustitución comprendida en la prohibición del art. 899 podrá ser eficaz. En su consecuencia, se han considerado sin ningún efecto, no sólo los fideicomisos propiamente dichos, sino también la sustitución popular ó cuasi popular, y todas las demás formas de sustitución con arreglo al precepto del citado art. 899, aunque hubieren sido ordenadas ó establecidas en testamentos hechos bajo el imperio de las leyes anteriores que las permitían.

Aparte de esto, es necesario tener presente, que, como el legislador puede regular por la ley transitoria la aplicación de la nueva disposición legal por él promulgada y modificar además mediante ella la aplicación rigurosa de los principios de derecho, habrá que atenerse á lo dispuesto por dicha ley transitoria cuando en ella se encuentre alguna regla especial con respecto á los bienes comprendidos en el fideicomiso, admitiendo siempre la prepotencia de los principios de equidad para aminorar los perjuicios que hubieran de originarse por la aplicación de ia ley nueva.

Así lo hizo el legislador italiano, quien en justo homenaje á los principios de equidad, dispuso en la ley transitoria que los bienes comprendidos en los fideicomisos deberían ser divi-

didos entre aquellos que al empezar á regir dicho Código se encontraban en posesión de los bienes comprendidos en ellos, y el primero ó los primeros llamados á suceder que hubieren nacido ó se hallaren simplemente concebidos en dicho día, disponiendo, además, en otro lugar, que los poseedores citados debieran gozar también el usufructo sobre la mitad concedida al primero ó los primeros llamados (1). Todo esto, además, compete al legislador y no pueden modificar, en el terreno de los principios, la teoría expuesta por nosotros los acuerdos que en este sentido adopte en las disposiciones transitorias para la aplicación de la ley nueva. En efecto; al legislador incumbe el evitar con dichas disposiciones las perturbaciones que pudieran originarse por la rigurosa aplicación de la ley nueva, respetando y poniendo á salvo por cuantos medios sea posible, las justas espectativas pertenecientes á aquellos que aun cuando no hayan llegado á adquirir un derecho perfecto, podían, sin embargo, esperar con razón alcanzarlas dado el orden de cosas establecido por la ley. Por lo tanto, á excepción de los casos expresamente regulados por la ley transitoria, es necesario considerar como regla en la materia que la ley nueva que haya abolido las sustituciones y los fideicomisos debe ser absolu-

---

(1) Art. 24 de las disposiciones transitorias, el cual dice: «Los fideicomisos, los mayorazgos y las otras sustituciones fideicomisarias ordenadas según las leyes anteriores, quedarán extinguidos en el día en que empiece á regir el nuevo Código.»

«La propiedad de la mitad de los bienes es concedida al poseedor en el día 1.° de Enero de 1886, y la propiedad de la otra mitad es reservada al primero ó primeros llamados, nacidos ó concebidos dicho día, quedando á salvo el usufructo de ella al poseedor.

»La división de los bienes puede ser promovida tanto por el poseedor como por los primeros llamados.»

«En los mayorazgos y fideicomisos dotados total ó parcialmente por el Estado, la nuda propiedad de la mitad reservada al primer llamado, si éste no existiere en 1.° de Enero de 1866, ó la de una cuota proporcional á la participación del Estado en la dotación de los mismos, será reservada al patrimonio del Estado.»

tamente aplicada en todas las sucesiones que hubieren de ser abiertas después de haber empezado á regir dicha ley.

270. Sin embargo, en la aplicación de esta regla pueden surgir muchas dificultades, y principalmente una duda de difícil resolución sobre el carácter mismo de la disposición otorgada bajo el imperio de la legislación anterior, á saber: si ésta debe ó no ser reputada como una sustitución fideicomisaria; y puede también suscitarse la cuestión de si los llamados en el testamento hecho bajo las leyes anteriores tenían adquirido un derecho perfecto antes que la ley nueva hubiese abolido las sustituciones, ó si sus derechos debían ser considerados como simples espectativas.

No es fácil resolver en todos los casos con seguridad una y otra de dichas dificultades, puesto que no se puede establecer en general con certeza que una determinada disposición testamentaria constituya ó no una sustitución. Esta es una de las cuestiones más graves y difíciles, y para resolverla no basta definir solamente las cosas, sino que es necesario interpretar y deducir la voluntad del testador, buscando en las palabras y en la forma del testamento el sentido y el valor jurídico de las varias cláusulas combinadas entre sí sin descender al terreno de las conjeturas y sin limitarse á cualquiera de dichas disposiciones aisladas. La voluntad del testador como hecho simple, concreto y real, no puede ser determinada más que interpretando el testamento en su totalidad.

La segunda de las dos cuestiones citadas no se halla, sin embargo, exenta de dificultad, porque en ciertos casos se puede dudar si el derecho del sustituto se debe ó no considerar como un derecho perfecto con arreglo á la ley anterior, y si, por lo tanto, debe ser respetado como tal, no obstante la nueva ley publicada.

La duda más grave que puede surgir respecto de esto, tiene su origen en el supuesto siguiente. Dado el caso de que sea abierta la sucesión en beneficio del primer instituído estando rigiendo aun la ley anterior que admitía la sustitución, supo-

niendo que la muerte del mismo tenga lugar bajo el imperio de la ley nueva que haya abolido las sustituciones, ¿tiene derecho el sustituto á la herencia con arreglo al testamento? ¿Debe admitirse en favor del mismo el derecho perfecto adquirido, según la ley anterior, desde el momento de la muerte del testador, ó bien la adquisición de la herencia con arreglo al testamento debe ser considerada, en cuanto al sustituto, como una mera expectativa desde el momento de la muerte del instituído, hallándose sujeta, por lo tanto, á la ley vigente en el momento de la muerte del mismo?

Como se ve, todo depende en esta hipótesis de determinar el momento en que el derecho del sustituto viene á convertirse en un derecho perfecto. Esta cuestión ha sido extensamente discutida á propósito de la sustitución pupilar y cuasi pupilar (1), establecidas bajo el imperio de la legislación romana y de las demás que la permitían cuando se trató de apreciar la eficacia de la sustitución ordenada estando vigentes dichas leyes, con relación al sustituto llamado á recoger la herencia bajo el imperio del Código italiano vigente, por haber tenido lugar el fallecimiento del heredero instituído después de la promulgación de dicho Código.

---

(1) Según el Derecho romano, la sustitución pupilar consistía en el nombramiento de un heredero para el hijo para el caso que muriese impúber ó fuese desheredado. Aquel que era llamado á recoger los bienes del padre y los del hijo ó los bienes del hijo solamente, era llamado instituído al pupilo. La sustitución pupilar era considerada como un atributo inherente á la patria potestad, y pertenecía exclusivamente al padre de familia. Justiniano, siguiendo el ejemplo de su predecesor Adriano, introdujo la sustitución cuasi pupilar ó ejemplar, como otros la llaman. Esta consistía en nombrar al demente, fuese púber ó impúber, un heredero para el caso de que aquél viniese á morir en estado de demencia. La sustitución cuasi pupilar podía ser ordenada ó establecida por todos los ascendientes, fuesen varones ó hembras, porque se consideraba introducida *ex sola humanitate affectione, pietatis causa et cura parentum*. Confr. VINNIO, *Ist.*, libro 2.°, tít. 16 *de subst. mentecapt.* DONELLO sobre la ley 9.ª, Cód. Imp. y otras, *subst.* 9.°, núm. 3, p. 263. FUSARIUS, *de subst.*, 9, 179.

Los escritores y la jurisprudencia han examinado cuidadosamente si la disposición testamentaria hecha por el padre ó por los ascendientes que hubieren ordenado respectivamente una sustitución pupilar ó cuasi pupilar para el hijo impúber ó para el descendiente demente, debe considerarse como un testamento hecho por el padre ó por el ascendiente, de cuyo testamento haya de reputarse como un accesorio la sustitución hecha, ó si, por el contrario, debe estimarse la sustitución como un verdadero testamento hecho por el padre ó por el ascendiente en lugar del hijo, independiente del suyo, en virtud de la facultad concedida al mismo por la ley (1).

Admitiendo que, en realidad, no existe más que un solo testamento, que es la primera de las soluciones citadas, de ello se seguiría que de verificarse la muerte del testador bajo el imperio de la ley anterior, que permitía la sustitución, el sustituto habría adquirido el derecho á la herencia desde el momento de la muerte del testador, bajo la condicion del precedente fallecimiento del instituído.

Ahora bien; de este derecho válidamente adquirido no podría ser privado el sustituto por la mera circunstancia de que haya de hacer valer dicho derecho estando ya en vigor la ley nueva bajo cuyo imperio haya tenido lugar la condición á que estaba subordinada la realización del derecho adquirido; es decir, el fallecimiento del instituído.

Si, por el contrario, se admitiese la segunda solución, según la cual debe reputarse la existencia de dos testamentos separados ó independientes, uno el del padre y otro el del hijo impúber ó demente, considerando hecha la sustitución por el padre en el concepto de mandatario ó representante del hijo

---

(1) La doctrina de la duplicidad de los testamentos era la adoptada por los Tribunales del Piamonte.—Véase la sentencia del *Senado del Piamonte* de 23 Agosto 1838. Las de casación de Turín de 12 Febrero 1849, 2 Enero 1857, 7 Febrero 1859 y 13 Marzo 1872.—BETTINI. I, 383; VIII, 2; X, 282; XI, 192. *Anales de Jurisprudencia;* VII, 2 y 8.

en virtud de la facultad que la ley le concede para manifestar la voluntad de dicho hijo, en vez de estimarla hecha en uso de un derecho propio inherente á la patria potestad, en este caso sería necesario reconocer la existencia de dos sucesiones distintas: una abierta ya á la muerte del padre bajo el imperio de la legislación anterior, y otra que ha de abrirse á la muerte del hijo impúber ó demente bajo el imperio de la ley nueva. Por lo tanto, como el contenido del testamento habría de estar sujeto á las disposiciones de esta ley por la cual son prohibidas las sustituciones pupilar y cuasi pupilar, no podría ser permitida la sustitución hecha, debiendo reputarse nula la misma é ineficaces los derechos del sustituto; en cuya virtud lo procedente sería dar lugar á la sucesión intestada.

La solución de dicha cuestión no está exenta de dudas, porque en el Digesto (1) se encuentran fragmentos en apoyo de una y otra de las opiniones citadas, y los más autorizados comentadores del Derecho romano están también en desacuerdo al interpretar dichos fragmentos, porque realmente no se puede hallar una perfecta armonía entre los mismos.

Ateniéndose á los principios generales del Derecho, la opinión primera, ó sea la de que debe considerarse como un solo testamento, es la más jurídica; pero no se puede desconocer que de los textos romanos resulta que uno solo era el acto, pero que tenía por objeto dos distintos patrimonios, y por lo tanto, dos distintas herencias.

No es éste el lugar oportuno para tratar á fondo esta cuestión, y nos limitaremos á exponer que en la jurisprudencia italiana ha prevalecido recientemente más la opinión del testamento único (2), y en su consecuencia se ha considerado, con

---

(1) Confr. L. 2, § 4-20. Dig. *De vulg. et. pupill. substit.*—L. 1, Dig. *Si cui plus quam per legem falcidiam legatum esse dicetur.*—§ 11, *Ist.*, *De pupill. subst.*—L. 16, § Dig. *De vulg. et. pup. subs.*—L. 20, § 1, *eod. tit.*—L. 2, § 2, *De haered. vel actione vendita.*

(2) Véase: Corte de apelación de Florencia, 6 de Junio 1867, y Casación

razón, que el derecho del sustituto debía reputarse como un derecho perfecto é irrevocable, adquirido desde la muerte del testador bajo la condición de que el instituído muera impúber ó en estado de demencia y sin herederos legítimos.

271. A nuestro juicio, lo evidente es que la solución de tal cuestión de derecho transitorio depende del criterio que se adopte sobre si constituye un solo testamento ó no la disposición hecha por el testador con la cláusula de sustitución, pues si se admitiese que constituía dos testamentos y que se trata en dicho caso de dos herencias, una la del padre y otra la del hijo; si la disposición hecha por el padre, aunque llevada á cabo en un solo acto, se considera doble, ó lo que es lo mismo, una hecha en nombre propio y otra como mandatario del hijo ó en su representación ó como persona intermedia, necesario sería en tal orden de ideas declarar caducada la sustitución si la muerte del sustituído hubiese tenido lugar bajo el imperio de la ley italiana que no admite dicha especie de sustitución.

En efecto; como el testamento del impúber ó del demente hecho en su representación por el padre en virtud de la autorización que la ley le confiere para manifestar la voluntad del hijo, no pueden llegar á surtir efecto ni ser cumplido hasta el

---

también de Florencia, 27 Enero 1868; *Anales de Jurisprudencia*, vol. 1.°, parte II, p. 281, y vol. 2.°, parte I, p. 31.—Corte de apelación de Ancona, 15 Mayo 1876. *Anales de Jurisprudencia*, vol. 10.°, parte II, p. 417.—Casación de Roma, 21 Agosto 1877; id. vol. 11 °, parte I, p. 491.—Corte de Módena, 27 Mayo 1881; *Monit. de los Tribunales*, 1881, p. 750 y otras.

La Corte de Casación de Roma, en su sentencia citada, aducía para sostener la teoría del testamento único, que Justiniano transcribió el párrafo *igitur* de sus Instituciones (§ 2, lib. II, tít. 16) literalmente de las Instituciones de Gaio que pertenecía á la escuela Sabiniana, la cual, en contra de la Proculeyana, defendía la opinión de que constituían un solo testamento, por lo que es evidente que había de seguir la teoría de dicha escuela, lo cual más expresamente resulta de las leyes 2.ª, § 4.°, y 20 del Dig. *De vulg. et. pupil. subst.*, donde se dice que el testamento del padre, aun acerca de los bienes del hijo impúber *pro uno habetur*. Confr. PAOLI en su *Tratado sobre las sucesiones*.

momento de la muerte del impúber ó del demente, tiene que estar sujeto el contenido de dicho testamento á la ley vigente al tiempo del fallecimiento, y por lo tanto, sería ineficaz y en absoluto nula la sustitución bajo el imperio del Código vigente en Italia, puesto que el mismo no la admite.

En vano sería en este caso hablar de derechos adquiridos bajo condición, porque ¿cuál sería el título de ese derecho perfecto adquirido por parte del sustituto? El testamento no puede ser título para la adquisición de derechos hereditarios provenientes ó derivados del mismo hasta que no haya tenido lugar la muerte del testador. Y esto sentado, abriéndose la sucesión del demente ó del impúber rigiendo ya el Código italiano, como en dicha ocasión es cuando viene á ser ejecutable el testamento del mismo hecho en su representación ó en su lugar por el padre, nos parece de todo punto evidente que en el sistema de la duplicidad del testamento es inadmisible que el sustituto pueda haber adquirido un derecho perfecto hereditario en tiempo anterior (1).

Para poder atribuir á dicho sustituto un derecho hereditario perfecto, adquirido antes de la promulgación del Código civil citado, y no sujeto, por lo tanto, á las disposiciones del mismo, nos parece indispensable partir del concepto del testamento único. Necesario es, pues, admitir, y nos parece la opinión mejor fundada, que la ley atribuía al padre un *jus singulare*, un *jus* derivado de su patria potestad, cual es el de poder disponer también, como de cosa propia, de los bienes de su hijo, aun del desheredado por él. Ocurrida la muerte de dicho padre bajo el imperio de la legislación anterior, que le concedía esta facultad, su disposición debería ser regulada por las leyes vigentes en el momeuto de su fallecimiento, y respetados los derechos adquiridos por el sustituto en virtud de dicha disposición.

(1) Véase en contra de esto: GABBA, *Teoria della retroattività*, vol 3.°, p. 327 y siguientes.

En efecto, teniendo su origen el derecho del sustituto en la disposición hecha por el padre en su propio nombre, se sigue de aquí que dicho sustituto adquirió un derecho hereditario perfecto desde el momento de la muerte del disponente, porque siendo la causa eficiente de tal derecho la voluntad misma del padre, vino ésta á ser eficaz desde su fallecimiento (1), aunque la realización de ese derecho se hallare subordinado á la condición eventual de que el instituído falleciere sin llegar á la pubertad ó en estado de demencia.

Ahora bien; este derecho, aunque eventual, no puede ser mermado por la ley nueva lo mismo que los demás derechos perfectos adquiridos, séanlo ó no bajo condición. Y por consecuencia, cumplida la condición á la cual estuviere sujeta la realización de dicho derecho, todo ha de retrotraerse al tiempo en que el mismo nació, y para todos sus efectos habrá de ser regulado éste por la ley que estuviere á la sazón en vigor, siendo completamente indiferente que rigiera ó no una legislación distinta cuando tuvo lugar el hecho objeto de la condición.

Estos principios expuestos son aplicables, tanto á la sustitución pupilar, como á la cuasi pupilar ó ejemplar. Sin embargo, una diferencia puede existir entre una y otra si se admitiese la opinión sostenida por algunos ilustres jurisconsultos y consignada antes, de que la sustitución cuasi pupilar concede al sustituto el derecho de suceder tan sólo en el patrimonio propio del padre, pero no en el perteneciente al demente.

Se ha dicho ya, en efecto, que en la sustitución pupilar el derecho perteneciente al padre de disponer aun del patrimonio del hijo que hubiere muerto antes de llegar á la pubertad, era un derecho singular derivado del derecho eminente de la pa-

(1) Conviene hacer notar que el sustituto que, después de la muerte del padre, hubiere demorado el hacer nombrar tutor al impúber, incurriría en la pérdida de la sustitución. Luego se admitía que tenía á su favor un derecho cuando podía ser privado de él.

tria potestad; pero en la cuasi pupilar este derecho no puede ser reconocido á los ascendientes, los cuales no podrían hacer testamento por el incapacitado ni podrían disponer en nombre propio del patrimonio de éste, toda vez que no ejercen sobre el mismo la patria potestad. En su consecuencia, ha encontrado muchos sostenedores la opinión de aquellos que admiten que el sustituto ejemplar ó cuasi pupilar sucede únicamente en la herencia del testador y no en la del incapacitado, debiendo, por lo tanto, darse lugar respecto de ésta á la sucesión *abintestato*.

Aceptando esta opinión, hay necesidad de admitir la existencia de dos sucesiones y de dos derechos hereditarios en dicha clase de sustitución. Una de dichas sucesiones sería la del testador ó disponente, en la que el derecho hereditario derivaría de la voluntad del mismo y sería adquirido en el momento de su muerte, bajo la condición de morir el incapacitado en dicho estado antes que el sustituto. Ese derecho debería ser regulado por la ley anterior, y si rigiendo ésta tuviere lugar la muerte del testador, la sustitución habría de ser respetada como un derecho perfecto y adquirido, no obstante haber surtido sus efectos después mientras regía la ley nueva bajo cuyo imperio hubiere tenido lugar la muerte del incapacitado. La segunda de dichas sucesiones sería la de la herencia de éste, la cual se abriría únicamente á su fallecimiento, y si esto ocurriera estando vigente ya el Código civil, habría de ser regulada por dicha ley, en razón á que los derechos hereditarios sobre los bienes del incapacitado han de nacer en el momento de la muerte del mismo, y debería, por lo tanto, darse lugar á la sucesión *abintestato* con arreglo á la ley nueva (1).

272. En cuanto á lo concerniente á la revocación de los testamentos, hemos dicho ya en otra ocasión, que cuando la

---

(1) Véase la nota de PACIFICI MAZZONI á la sentencia de la Corte de Ancona de 15 de Mayo de 1876 en la *Jurisprudencia italiana*, 1878, 1, 2, 654, y la de CRESCENZIO sobre la sentencia de la Casación de Roma de 21 de Agosto de 1877 en el *Foro italiano*, 1878, p. 983.

cuestión surgida se refiera al testamento considerado como cuestión de hecho, es menester atenerse á la ley vigente en el tiempo en que fué ejecutado el acto al cual atribuya dicha ley efecto revocatorio. Y la revocación consumada con arreglo á la legislación citada, no podría ser subsanada aunque después se dictase una nueva ley que privara de efecto retroactivo á aquel mismo acto, causa de la revocación.

No puede decirse lo mismo de la cláusula derogatoria general puesta en los testamentos hechos bajo el imperio de las leyes anteriores que la permitían (1). El reconocer ó no como eficaz la derogación preventiva de las disposiciones futuras, constituída por dicha cláusula, no es una cuestión que atañe á la forma, sino á la sustancia misma del derecho de disponer por testamento, puesto que equivale, en efecto, á reconocer ó no en el testador el derecho de renunciar á la libertad que la ley le concede para revocar ó cambiar las disposiciones hechas por el mismo en testamento, y por lo tanto, es evidente que la ley anterior no puede servir para hacer eficaz tal cláusula si la sucesión fuese abierta bajo el imperio de la nueva ley que declare nula y sin ningún efecto dicha cláusula.

273. Respecto á la ejecución del testamento, debe ser aplicada la ley que estuviere en vigor cuando se abre la sucesión. En su consecuencia, cuando el testador hubiese proveído él mismo á la ejecución de sus disposiciones, el valor jurídico de las determinaciones que con tal objeto hubiere adoptado, deberá ser determinado en conformidad á lo dispuesto por la ley bajo la cual hubiese sido hecho el testamento, pero subordinándose á la que estuviere vigente al tiempo del fallecimiento todo lo relativo á la eficacia de las disposiciones citadas refe-

---

(1) Según el Código civil austriaco, § 716, era admitida la cláusula derogatoria de las disposiciones futuras, y consistía en la revocación de cualquiera disposición que pudiera ser hecha en tiempo posterior. El Código italiano, por el contrario, en su art. 116, declara nula toda cláusula derogatoria general.

rentes á la ejecución. Por lo tanto, si el testador hubiese nombrado un ejecutor testamentario ó fiduciario bajo el imperio de la ley antigua que concedía á aquél el derecho de conferir al ejecutor testamentario ilimitados poderes, éstos deberían ser restringidos á los límites permitidos por la ley nueva, si durante la vigencia de la misma hubiera de ejercitar sus atribuciones dicho ejecutor testamentario. Serán, pues, aplicables las disposiciones del nuevo Código para la posesión de los bienes así como para su duración, y la voluntad del testador deberá ser en general respetada, salvo siempre la aplicación de la ley nueva en cuanto á los efectos derivados de la ejecución y al ejercicio de los derechos conferidos por él al ejecutor testamentario.

La adquisición de la herencia, la aceptación con ó sin el beneficio de inventario, la separación de patrimonios, la reducción de las disposiciones testamentarias, la colación y cuanto concierne á los efectos de la adquisición de la herencia en la sucesión testamentaria, está sujeto á las mismas reglas que en la sucesión legítima antes expuestas.

§ 3.°

De las donaciones.

274. En qué consiste la donación.—275. De la ley que debe regular la forma de la misma.—276. De la sustancia y de las condiciones para su validez.—277. De las donaciones *mortis causa*. – 278. Principios relativos á su eficacia—279. Donaciones de bienes futuros.—280. Cuando esta donación es permitida por la ley hace nacer un derecho perfecto.—281. De la aceptación de la donación.—282. Capacidad para renunciarla.—283. Reversión convencional de las cosas donadas.—284. A quién debe aprovechar la reversión en favor de los herederos.—285. Reversión legal.—286. Efectos de la ley nueva respecto de la revocación.—287. De la reducción de las donaciones.—288. Principio sancionado en la legislación italiana.—289. Ley nueva que aumente la porción disponible libremente.—290. Las reglas establecidas son aplicables á todas las donaciones.—291. Donación de toda la parte disponible; su eficacia.—292. Derechos del cónyuge superstite, llamado á la sucesión estando vigente el Código civil, sobre la parte libremente disponible donada bajo el imperio de las leyes anteriores.—293. Colación de las donaciones.

274. La donación es uno de los modos por los que puede disponerse á título gratuito de una parte del patrimonio ó de cosas determinadas que pertenecen al mismo. Dicho acto tiene una naturaleza jurídica especialísima, puesto que se asemeja al testamento y aun al contrato sin que pueda confundirse con el uno ni con el otro.

No es este lugar oportuno para detenernos á examinar dicha naturaleza, y por lo tanto, nos limitaremos á tratar por ahora de la eficacia de la ley nueva respecto de las donaciones hechas bajo el imperio de la legislación anterior.

275. En cuanto á lo relativo á la forma extrínseca de la donación, es indudable que hay necesidad de estar á lo dispuesto en la ley vigente al tiempo en que dicho acto viene á ser perfecto, y con arreglo á esa ley hay que decidir acerca de la

forma extrínseca necesaria para la validez de la donación. Aun en la hipótesis de que se hubiese modificado la legislación antes de que la donación, legalmente hecha, hubiese sido aceptada por el donatario, sería también necesario atenerse á la ley bajo cuyo imperio fué comenzado el acto de la donación por el donante para decidir acerca de la validez de la misma en cuanto á la forma. No se puede, por lo tanto, desconocer que el donatario adquiere, desde el momento en que la donación es perfeccionada por parte del donante, el derecho perfecto de hacer pasar á su patrimonio, mediante la aceptación, las cosas de que el donante se despoja con el acto de la denación ó de hacer ineficaz la liberalidad por el medio de la no aceptación de la misma.

Este derecho, lo mismo que cualquier otro derecho perfecto, debe ser protegido por la regla de la no retroactividad de la ley nueva. Esta será, pues, aplicable sólo á la forma extrínseca de la aceptación cuando tuviere lugar dicho acto después de haber empezado á regir la ley nueva.

Por consecuencia de este principio, la donación nula por un defecto de forma según la legislación del tiempo en que la misma fué hecha, no podrá llegar á ser eficaz aunque se dicte después una nueva ley que no exija en adelante aquel determinado requisito de forma. En su virtud, en la donación nula con arreglo al Código albertino por el defecto de la omologación no puede considerarse subsanada la falta, ni por lo tanto ser válida y eficaz por la promulgación del Código italiano que dejó de exigir dicha formalidad (1).

Esta misma regla debe servir también para el caso en que se trate de una donación *mortis causa* permitida según la ley vigente al tiempo en que fué hecha. En esta clase de donaciones, aunque la transmisión debe tener lugar después de la

---

(1) Confr. Casación de Turín, 15 de Septiembre de 1882.—Sucesión.—Visdomini, *Casación Torinese*, 1882, 11, 467.

muerte del donante, deberá, sin embargo, aplicarse siempre, para juzgar de su validez en cuanto á la forma, la ley bajo cuyo imperio hubiere sido hecha la donación.

276. La sustancia de la donación y todo lo relativo á las condiciones intrínsecas necesarias para su validez, debe depender también de la ley que estuviere vigente en el momento en que la donación viene á ser perfecta.

Esta regla debe evidentemente aplicarse á la donación entre vivos, que es un acto solemne por el que una de las partes (el donante) se despoja á título gratuito, desde entonces é irrevocablemente, de la propiedad de ciertas cosas que le pertenecían, en favor de otra persona (el donatario), el cual adquiere el derecho de aceptar la disposición hecha á su favor, y aceptándola en la forma prescrita por la ley hace suya la propiedad de las cosas donadas.

Siendo, pues, el derecho del donatario un derecho perfecto adquirido en el momento en que queda perfeccionada la donación, debe ser respetado como tal por la ley nueva, la cual no puede, sin incurrir en injusta retroactividad, hacer ineficaz la donación que reuna todas las condiciones intrínsecas con arreglo á la ley vigente en el momento en que fué perfeccionada.

277. Algunas dificultades pueden ofrecerse en cuanto á la donación hecha con la condición de que haya de producir sus efectos á la muerte del donante, si hubiere tenido su origen dicha donación mientras regía la ley que la autorizaba en dicha forma y se quisiera hacer valer sus efectos después de la promulgación de la ley nueva que dejara de reconocerla efecto alguno (1).

---

(1) En el Derecho romano era admitida la donación para el caso de muerte, la cual no venía á ser definitiva hasta la muerte del donante, siempre que le sobreviviese el donatario. Dicha condición podía establecerse como suspensiva ó como resolutoria. En el primer caso, la donación confería un derecho eventual, y en el segundo un derecho eficaz, si bien sometido á resolución. La donación para el caso de muerte era por naturaleza revocable,

La donación citada puede revestir la forma de la donación *mortis causa* y la de una institución contractual, consistente en la donación de bienes presentes ó futuros ó ambas clases á la vez, hecha por el donante y aceptada irrevocablemente por el donatario, bajo la condición de que el favorecido por ella no haya de adquirir la propiedad de las cosas donadas hasta el momento del fallecimiento del disponente, si aquél llegare á sobrevivirle.

Esta especie de pacto sucesorio fué adoptado por el derecho germánico en los contratos de matrimonio, y producía entre el promitente y el aceptante una verdadera relación contractual, toda vez que aquél, siendo aceptada la donación, quedaba obligado por virtud de su promesa á no disponer de otro modo de los bienes donados ni por actos entre vivos á título gratuito, ni por disposición de última voluntad, permitiéndo-

---

excepto en el caso de mediar pacto en contrario. Sin embargo, aun cuando se hubiere pactado la irrevocabilidad de la donación, su eficacia tenía que estar subordinada á la condición de que premuriese el donante, porque de lo contrario se convertiría en una donación entre vivos. En los países regidos por la legislación escrita, la donación *mortis causa* fué admitida también con los caracteres que tenía en el Derecho romano; y en los regidos por la costumbre, en virtud de la máxima *no se puede dar y retener*, fueron confundidas dichas donaciones con los legados en cuanto á su sustancia y á su forma.

El Código Napoleón admitió las donaciónes *mortis causa* irrevocables, tan sólo para el contrato de matrimonio (art. 1082).

El italiano no admite dichas donaciones con el carácter de irrevocables, y establece que las revocables están sujetas á las mismas reglas que todas las disposiciones de última voluntad.

El Código austriaco asimila á los legados las donaciones que deben producir su efecto después de la muerte del donante cuando se han observado las formalidades prescritas para ellos, y las considera además como un contrato cuando es aceptada la donación por el donatario, ó cuando, en otro caso, hubiere renunciado el donante de una manera expresa la facultad de revocarla y se haya consignado así por escrito en el correspondiente documento entregado para su resguardo al donatario (§ 956).

sele únicamente disponer de dichos bienes por actos entre vivos á título oneroso. A su vez el aceptante adquiría el derecho de reclamar las cosas donadas al fallecimiento del promitente en el estado en que las mismas se encontrasen á la sazón, siempre que hubiese sobrevivido al donante.

278. Con arreglo á estos precedentes, debe admitirse que cuando dicha clase de donación hubiese sido hecha bajo el imperio de una legislación que la permitiera, ha de ser considerado como un derecho perfecto el adquirido por el donatario para hacer suyos los bienes del donante á la muerte del mismo, bajo la condición de su supervivencia, y en tal concepto debe ser respetado dicho derecho, aunque después de establecida la donación sobrevenga una ley nueva que modifique las disposiciones anteriores y declare inadmisible é ineficaz toda forma de pactos sucesorios.

No valdría aducir en contra de esta opinión la especie de que siendo objeto de dichos pactos la sucesión y los derechos sucesorios, y no pudiendo existir éstos antes de la muerte del *de cujus*, deben ser regidos en cuanto á su validez y sus efectos por la ley vigente al tiempo del fallecimiento, pues si bien es cierto que el objeto de la donación bajo la forma de institución contractual es el que queda indicado, no lo es menos que el derecho adquirido por el donatario es un derecho perfecto desde el momento en que dicha donación fué hecha y aceptada, aunque la eficacia del mismo no deba empezar hasta el fallecimiento del donante. Por lo tanto, con arreglo al principio general de que las relaciones contractuales caen siempre bajo el imperio de la ley durante cuya vigencia tuvieron nacimiento y llegaron á ser perfectas, es indudable que deben ser considerados eficaces los derechos nacidos de las citadas donaciones hechas y perfeccionadas cuando eran éstas permitidas, á pesar de la promulgación de la ley nueva que las prohibiese.

279. Por los mismos principios debe resolverse la cuestión de la validez de la donación de bienes futuros hecha ó empe-

zada á hacer bajo el imperio de una legislación que la permitiera, cuando debieran tener lugar sus efectos después de la promulgación de una ley nueva que prohibiese dichas donaciones.

Se ha dicho en contrario, que habiendo sido prohibidas las donaciones de bienes futuros por razones de orden público y con el fin de remover los obstáculos que con ellas pudieran oponerse á la más libre transmisión de la propiedad (1), debe ser extensiva dicha prohibición de la ley nueva aun á las donaciones citadas que hubieren sido hechas bajo el imperio de la antigua legislación; por lo que se ha sostenido que no pueden ser eficaces éstas respecto de los bienes adquiridos por el donante después de la promulgación de la ley nueva. Esta teoría fué adoptada por el Tribunal de Casación de Roma en sentencia de 6 de Febrero de 1880 (2), pero no nos parece que pueda considerársela bien fundada en derecho.

En efecto, todas las razones de orden público que pudieron motivar las reformas legislativas hechas en este sentido, no justifican la retroactividad de las nuevas disposiciones legales y la violación de los derechos nacidos bajo el imperio de las leyes anteriores que estaban informadas en diverso criterio en cuanto á los intereses y al orden público, por lo que reprodu-

---

(1) La donación de bienes futuros fué prohibida por el Código napoleónico (art. 943), porque se consideró que producía muchos inconvenientes: unos relativos á la persona del donante, y otros referentes á terceras personos.

El donante venía por ella á despojarse de la libre disposición de los bienes donados sin que pudiera prever el importe de los bienes que en lo futuro adquiriese. Quedando, pues, vinculados dichos bienes, no podían ser libremente transmitidos, entrando en el patrimonio del donante para pasar al del donatario, con lo que se perjudicaban considerablemente los intereses económicos. No se puede negar, por lo tanto, que las legislaciones que han prohibido las donaciones de bienes futuros se han inspirado en el propósito de velar por el bien público y los intereses económicos.

(2) En el pleito CIALENTE c ROSELLI. — *Foro italiano*, 1882, pág. 258.

cimos aquí cuanto acerca de este particular expusimos en la parte general de esta obra.

280. Limitándonos, pues, á examinar si de la donación sobre bienes futuros, hecha bajo el imperio de la legislación que la permitía, puede ó no surgir un derecho perfecto adquirido por el donatario, aun respecto de los bienes adquiridos por el donante después de la promulgación de la ley nueva, no nos parece exacto lo que se establece en la citada sentencia de la Corte de Casación de Roma; esto es, que tratándose de un derecho condicionado que viene á desarrollarse después de la publicación de dicha ley, no puede realizarse su adquición una vez sancionada la prohibicón, porque *incidit in eum casum a quo incipere non potest.* La aplicación de esta regla sería admisible si la donación de bienes futuros fuera hecha en ocasión en que estuviera ya vigente la ley nueva que las prohiba, pero si el derecho del donatario era ya perfecto antes de que fuera promulgada dicha ley, no se puede decir que éste nazca después de ella por la sola razón de que tal derecho haya de surtir sus efectos estando ya vigente dicha ley.

De las indicaciones que preceden se deduce que el derecho del donatario para adquirir inmediatamente los bienes donados tan pronto como éstos entren en el patrimonio del donante, es un derecho perfecto, derivado del vínculo jurídico resultante de la donación hecha y aceptada bajo el imperio de la ley que permitía dicho vínculo jurídico. Por consecuencia, siendo éste un derecho que desde luego entró en el patrimonio del donatario, resulta evidentemente que así como no puede ser revocado por el donante, tampoco puede ser desconocido por una ley posterior. Si éste es un derecho condicionado en el sentido de que no puede valer más que bajo la condición de que el donante adquiera bienes en lo futuro, no por eso es un derecho menos inviolable, puesto que son también inviolables los derechos condicionados cuando reunen todos los elementos propios de los derechos perfectos.

Tampoco nos parece que pueden negarse á este derecho

los caracteres de todo derecho perfecto por las consideraciones que expone Gabba, quien sin encontrar buena la doctrina establecida por la referida sentencia, no acepta tampoco la regla admitida por nosotros (1).

Este reputado escritor entiende que el derecho del donatario no reune los elementos del derecho adquirido porque, según él, sólo puede considerarse como tal el derecho condicionado cuando no está en las facultades de aquel de quien proviene el derecho el impedir el hecho que falta para perfeccionar la transmisión. En virtud de lo cual sostiene que teniendo el donante la facultad de realizar ó no las nuevas adquisiciones, en su poder está el permitir ó impedir que tenga lugar la adquisición por parte del donatario.

A dicho escritor se ha ocultado en estas circunstancias, á nuestro juicio, la consideración de que el derecho perfecto adquirido por el donatario no nace del hecho de la adquisición por parte del donante, sino, por el contrario, de la facultad de éste de hacer entrar en su patrimonio las cosas donadas; es decir, que aquel derecho depende de que esta facultad haya sido ó no adquirida por el donante. Este tiene, en efecto, la facultad de llevar ó no á cabo la adquisición; pero, realizada ésta, no puede impedir que los bienes donados por él entren en el patrimonio del donatario, según el irrevocable é invariable destino fijado á los mismos en el acto de la donación.

Por estas consideraciones nos parece que debe admitirse la existencia de un verdadero derecho nacido á favor del donatario, derecho que es adquirido inmediatamente por efecto de la donación terminada y perfecta antes de la ley nueva prohibitiva de dichas disposiciones; cuyo derecho ha de ser respetado, aunque rija una ley distinta en el momento en que viene á surtir sus efectos, esto es, cuando los bienes donados entran en el patrimonio del donante.

(1) Véase la nota puesta á dicha sentencia en el *Foro italiano*, 1882, página 258 antes citada.

281. El derecho perteneciente al donatario para aceptar ó renunciar la donación nace en el mismo momento en que ésta queda perfeccionada, y, por lo tanto, tiene que quedar sujeto dicho derecho á la ley vigente entonces. En su virtud, si con arreglo á dicha ley no fuese necesaria la aceptación para quedar válida y perfecta la donación (1), no podría considerarse como indispensable dicho requisito, aunque después una ley posterior dispusiera lo contrario. Sin embargo, si la renuncia tuviera lugar después de empezar á regir la ley nueva, deberá ser aplicada ésta para todo lo relativo á la forma de la renuncia y al valor jurídico de los actos equivalentes á la renuncia ó á la aceptación.

282. Respecto de esto creemos oportuno hacer notar que si la ley nueva hubiere modificado las reglas relativas á la capacidad para poder renunciar válidamente, ejercerían también su imperio las disposiciones de la misma en cuanto á la validez de la renuncia en relación con la capacidad del renunciante. En su consecuencia, si la donación hubiese sido hecha mientras rigiera una ley que no obligase á la mujer casada á obtener la autorización marital, y antes que la donación hubiere sido aceptada se promulgara la ley nueva que exigiese dicha autorización marital, sería nula por falta de capacidad la renuncia hecha por la mujer, no estando autorizada para ello por su marido.

La razón de esto consiste en que la renuncia de la donación entraña á su vez una donación por parte del renunciante de aquello que le había sido donado, y para decidir si la mujer casada tenía ó no capacidad para ejecutar este acto, es preciso estar á lo dispuesto por la ley vigente al tiempo de hacerse la renuncia y no á la legislación precedente bajo la cual hubiese sido hecha la donación.

---

(1) Según el sentido del art. 1875 del Código civil italiano se entiende que la donación á favor de los esposos y de los hijos por nacer se perfecciona sin necesidad de aceptación.

283. La reversión de las cosas donadas debe ser regida por la ley bajo cuyo imperio hubiere sido hecha la donación, siempre que se trate de una reversión convencional. En efecto, la reserva de volver á adquirir las cosas donadas en ciertos casos, establecida en el acto mismo de la donación, constituye por sí misma una condición resolutoria, y debe ser regida por la ley con arreglo á la que fué hecha la donación, toda vez que dicha condición concierne á la sustancia de la misma.

Por virtud de este principio, en una donación hecha bajo las leyes civiles napolitanas, abolidas ya, pudo ser establecido el pacto de reversión á favor del donante y de sus herederos en el caso de muerte del donatario sin prole en cualquier tiempo, según el art. 875, y este pacto no quedaría invalidado en sus efectos por la promulgación del Código italiano bajo cuya vigencia tuviera lugar el hecho objeto de la condición.

No podría alegarse en contrario la consideración hecha por algunos, de que ese pacto puede equipararse bajo ciertos puntos de vista al fideicomiso, y que en tal concepto debería considerársele ineficaz á partir de la publicación de dicho Código, porque no es exacto que pueda ser equiparado á dicha institución el retorno pactado y el provecho que puede ceder á los herederos por consecuencia del cumplimiento de la condición resolutoria establecida dentro de los términos admitidos por la ley bajo cuyo imperio fué hecha la donación. En efecto, la consecuencia del cumplimiento de la condición resolutoria es hacer volver las cosas donadas al patrimonio del donante, atribuyendo en su virtud á los herederos el derecho de aprovecharse de ese retorno por su cualidad de sucesores del mismo y no por ser llamados ó tenidos en cuenta en el pacto. Por lo tanto, no se encuentran en el mismo caso que en el fideicomiso, en que su derecho nace del propio llamamiento ó de la designación expresamente hecha á su favor.

284. La cuestión que puede realmente suscitarse con este motivo es la de si, cumplida la condición resolutoria, debe ceder el provecho de ella en favor de los que eran herederos del

donante al tiempo de su muerte ó de aquellos que lo fuesen en el momento de cumplirse dicha condición y de tener lugar el retorno. En nuestra opinión, como el cumplimiento de la condición resolutoria restituye las cosas al estado en que ellas se encontraban *ex tunc*, debe recaer la reversión en provecho de aquellos que eran herederos del donante á la muerte del mismo. La Corte de Casación de Nápoles ha estimado á su vez lo contrario (1).

285. Las reglas establecidas respecto de la reversión que tiene su origen en el pacto ó contrato, no tienen aplicación á la reversión legal ó sucesoria, la cual debe regirse por principios distintos. En efecto, el derecho de reversión concedido por la ley á los ascendientes en los casos determinados por la misma no puede considerarse respecto de ellos como un derecho perfecto hasta el momento en que la misma viene á realizarse. Antes de esto no tienen dichos ascendientes más que una mera espectativa, y por eso, si bien deben siempre respetarse los pactos contractuales de reversión, no sucede lo mismo en cuanto á las reglas de reversión legal.

286. Pasemos ahora á examinar los efectos de la ley nueva relativa á la revocación, á la resolución y á la reducción de las donaciones.

La revocación de la donación debe ser siempre resuelta con arreglo á la ley vigente al tiempo en que la misma quedó perfeccionada, puesto que el donatario adquirió desde dicho momento la propiedad irrevocable ó revocable de las cosas donadas. Por virtud de este principio, entendemos que la donación hecha bajo el imperio del Código austriaco y perfeccionada antes de la promulgación del Código civil italiano, no debe ser sujeta á revocación por la supervivencia de los hijos al donante. Esta nuestra opinión encuentra su fundamento en los principios generales de derecho transitorio.

---

(1) Sent. 23 Enero de 1879, *Gazz. del Proc.*, XIV, 160.

Gabba cree lo contrario, y sostiene, á propósito de esta cuestión, que la ley nueva que establezca la revocación de las donaciones por la supervivencia de los hijos, debe ser aplicada aun respecto de las donaciones anteriores á ella. Para sostener esta opinión, alega que la ley nueva puede atribuir á un contrato cualquier efecto no previsto ni sancionado por la legislación anterior, y que el particular no puede invocar á su favor un derecho nacido para eximirse de los nuevos efectos legales de una relación jurídica que dicha ley introduzca en el campo del derecho y que no hubiera tenido en cuenta antes el legislador (1).

A nuestro juicio, cuando la ley nueva atribuye á ciertos hechos, no tenidos en cuenta por la antigua, la virtud de producir la resolución del contrato, no puede pretender sustraerse al imperio de ella aquél que voluntariamente ejecutase dichos actos; pero no puede decirse lo mismo cuando el hecho de que dependa la resolución no sea voluntario por parte de aquél contra el cual ó en cuyo perjuicio quiera obtenerse la resolución del contrato. En este caso, como todo depende de la ley que considera dichos actos en relación con la persona de la cual no emanan, no pueden aplicarse sus preceptos á las relaciones de derecho anteriores á la época en que empezase á regir. La supervivencia de la prole al donante es un hecho independiente de la voluntad del donatario, y si las relaciones contractuales entre éste y el donante fueron establecidas sin tener para ello en consideración este suceso como una causa de resolución, no puede producir el mismo tal efecto en virtud de una ley posterior, sin dar á ésta autoridad retroactiva.

En cambio la revocación por causas de ingratitud del donatario si hubiese sido sancionada por primera vez en una ley nueva, sería, sin embargo, aplicable aun á las donaciones estipuladas bajo el imperio de la legislación anterior que no la

(1) Gabba, obra citada anteriormente, vol. 4.°, p. 217.

estableciera; pero esto depende, á nuestro modo de ver, del principio de que cualquiera que ejecuta un hecho voluntariamente bajo el imperio de una ley, no puede desconocer la autoridad de aquellas disposiciones que atribuyan ciertos efectos jurídicos al mismo hecho, ni menos aducir la extraña pretensión de que la falta de precepto legal venga á constituir el título de un derecho creado para sustraerse á la autoridad de la ley nueva que hubiere sancionado nuevas prescripciones con relación á los efectos de los actos referentes á las relaciones nacidas por aquel hecho anteriormente y no tenidas en cuenta por la legislación precedente.

La regla aceptada por nosotros puede aplicarse por vía de ejemplo á las donaciones hechas bajo el imperio del Código austriaco que hayan de tener efecto después de la muerte del donante ocurrida con posterioridad á la promulgación del Código civil italiano. No se puede, en efecto, admitir que dichas donaciones se consideren perfeccionadas bajo el imperio del Código italiano sólo porque lleguen á ser eficaces después de haber empezado á regir éste, y por ello no deben quedar sujetas á las disposiciones de la nueva legislación.

Para convencerse de ello, basta indicar que, revistiendo la donación la naturaleza de un verdadero contrato con arreglo al Código austriaco vigente en algunos países italianos antes de la unificación de su derecho por el Código civil, tanto los derechos de las partes como la donación misma quedarían perfeccionados en el momento en que la donación fué hecha á pesar de que se hubiese fijado la época de su ejecución ó efectividad para después de la muerte del donante.

287. La materia de la reducción de las donaciones ofrece algunas dificultades, puesto que hay necesidad de conciliar los derechos adquiridos por el donatario, los cuales quedan perfectos cuando es perfeccionada la donación, con los derechos de los herederos legitimarios que nacen en el momento en que se abre la sucesión, y que, por lo tanto, tienen que ser regidos por la ley á la sazón vigente.

Las opiniones emitidas para resolver esta cuestión según los principios generales han sido varias, y expuestas se hallan por Chabot (1), por Mailher de Chassat (2), por Romagnosi (3) y por Gabba (4).

Unos quieren hacer depender dicha resolución de la ley que estuviere en vigor en el momento de la muerte del donante por la consideración de que el derecho á la reducción perteneciente á los herederos legitimarios es un derecho sucesorio, y como éstos no pueden nacer hasta el momento de la muerte del *de cujus*, tampoco pueden ser regulados por otra ley más que la que estuviese entonces vigente (5).

Otros, por el contrario, considerando que la donación crea relaciones contractuales y que de ella nacen derechos perfectos, en el momento mismo en que es hecha, pretenden que la resolución depende de la ley vigente cuando la donación fué llevada á cabo. La ley posterior, dicen éstos, debe considerarse ineficaz, porque habiendo dispuesto el donante de aquello de que podía legalmente disponer en el momento en que hizo la donación, bajo el punto de vista de la parte de la herencia de libre diposición por parte del causante con arreglo á la legislación vigente á la sazón, adquirió por este hecho el donatario un derecho perfecto sobre las cosas donadas que no podría ser mermado por una ley posterior sin incurrir en retroactividad (6).

---

(1) *Questions transitoire*, vol. 3.°

(2) *Traité de la retroactivité*, p. 348 y siguientes.

(3) *Esposizione della controversia della riduzione delle donazioni.*

(4) *Teoría della retroattività.*

(5) Laurent se ha asociado á los autores de esta opinión. Vol. 1,°, p. 249.

(6) GRENIER, *Donat.*, t. 1.°, núm. 15.—TROPLONG, *Donat. et test.*, núm. 904.—MERLIN, *Rep.* V. *effet retroactif*, sec. 3.ª, § 3.°, art. 6.°, núm. 5.°; *Institut. d' heret.*, sec. 1.ª, § 9.°, *Reserve*, sec. 5.ª, § 3.°—PROUDHON, *Des persones*, t. 1.°, p. 32.—FAVARD, *Donat.* entre vivos, sec. 1.ª, § 3.°—DURANTON, t. 2.°, p. 226.—DALLOZ V. disp. entre vivos, cap. 3.°, sec. 1.ª—VAZEILLE, *Succes.*, 920.—DEMOLOMBE,

Sin embargo, los autores de la primera de dichas opiniones replican á esto que la legítima no puede ser determinada más que en el momento en que se abre la sucesión y con arreglo á la ley que entonces estuviere vigente; que el derecho á percibir dicha porción legitimaria y el de obtener la reducción de la liberalidad que mermara la misma, no se desarrolla ni se pone en ejercicio hasta la apertura de la sucesión, y por lo tanto, que el donatario, que sabe que su donación tiene que estar sujeta á reducción en cuanto exceda de la parte libre de la herencia, adquiere sólo un derecho eventual; esto es, un derecho sujeto á reducción hasta el momento en que ésta puede tener lugar.

288. Todas las razones citadas en pro y en contra, fueron examinadas y discutidas cuando se redactó el art. 27 de las disposiciones transitorias para la aplicación del Código civil italiano, y prevaleció la opinión de que la reducción de las donaciones que hubieren quedado perfeccionadas antes de la publicación del nuevo Código, debía ser regida por las disposiciones de las leyes anteriores.

Esta regla nos parece científicamente bien fundada.

En efecto; el derecho perteneciente á los sucesores legitimarios nace en el momento en que se abre la sucesión, y debe ser determinado con arreglo á la ley á la sazón vigente; pero por el principio de que los hechos pasados deben respetarse, toda vez que no están ya en el dominio del legislador, hay que admitir que la ley nueva no puede atacar aquello que acaeció y fué perfeccionado bajo el imperio de la legislación anterior, por lo que no pueden ser desconocidos los derechos adquiridos antes de la promulgación de la misma.

Perfeccionada la donación, el donatario adquirió desde este momento el derecho perfecto de propiedad sobre las cosas do-

t. 1.°, núm. 51.—LAURENT, *Droit civ.*, t. 1.°, núm. 249.—BIANCHI, *Diritto civile*, t. 1.°, núm. 99 y siguientes.—GABBA, cita anterior.—MAZZONI, *Ist.*, lib. 1.° § 3.°, núm. 57.

nadas en el caso de que el donante pudiera disponer de ellas conforme á la legislación entonces vigente; y si después una nueva ley regula de distinto modo la disponibilidad de dichas cosas, sus preceptos no pueden sin retroactividad destruir el pasado. En su consecuencia, los derechos de los legitimarios que nacen en virtud de la ley nueva que acrezca la legítima ó disminuya la parte de libre disposición por el causante, no deben ser eficaces para destruir y reducir á la nada los derechos perfectos adquiridos antes de que empezara á regir dicha ley.

289. Cuando, por el contrario, hubiese aumentado la ley nueva la parte de herencia libremente disponible y hubiesen sido hechas las donaciones bajo el imperio de la legislación anterior fuera de los límites fijados á dicha parte disponible por la citada legislación, no se podrán invocar los preceptos de la misma para obtener la reducción de las donaciones hechas en tales circunstancias, siempre que su importe quepa dentro de la cuantía fijada por la nueva ley á la parte libre.

A primera vista parece fundada la opinión de Marcadé, quien sostiene que si según la ley vigente no podía disponer el donante más que de una determinada porción de bienes en relación con la legítima, y dispuso, sin embargo, de más de dicha porción, no debe ser eficaz la donación en cuanto al exceso, y no puede, por lo tanto, adquirir el donatario ningún derecho en cuanto á dicho exceso, no siendo á su juicio aplicable, para convalidar el derecho de éste, la ley posterior que hubiese aumentado la porción disponible libremente, porque esto sería darle una eficacia retroactiva. Sin embargo, este razonamiento no es exacto, porque, á la donación excesiva, ó sea aquella que traspasa los límites de la parte libre, no pueden aplicarse los mismos principios que á la donación que es nula á causa de la indisponibilidad de los bienes en consideración á su naturaleza físico-jurídica. Esta es en realidad nula intrínsecamente; se ha infringido en ella la ley vigente al tiempo del contrato que negaba la disponibilidad de las cosas donadas por razón de su naturaleza, mientras que en la primera

de ellas, ó sea en la donación hecha excediendo los límites de la parte disponible, no es intrínsecamente nula, aunque sí se halla sujeta á reducción en cuanto al exceso, si en el momento de la muerte del donante viviesen herederos suyos con derecho á la legítima. En su virtud, es claro que como el derecho de estos herederos comienza á existir á la apertura de la sucesión, siendo mucho más extenso en la ley la legislación entonces vigente, debe determinarse y fijarse su alcance con arreglo á dicha ley.

Por consecuencia de los principios expuestos nos parece exacta la regla sancionada por el último párrafo del art. 27 de la ley transitoria italiana, según la que si la cuota legitimaria fijada por el nuevo Código fuese menor que la establecida por las leyes anteriores, tendrá lugar la reducción tan sólo con arreglo á dicho Código.

290. Es oportuno advertir que las reglas hasta ahora expuestas son aplicables á cualquiera donación entre vivos legalmente hecha conforme á las disposiciones de las leyes antiguas y que hubiese quedado debidamente perfeccionada, aun á aquellas que tuvieren por objeto los bienes futuros y hasta á las que pudieran ser llamadas instituciones contractuales por causa de matrimonio, á pesar de que la nueva legislación, á diferencia de aquellas leyes, no las reconozca para en adelante.

291. Debemos, no obstante, examinar con separación un caso especial, cual es el de la donación de toda la parte libremente disponible en bienes presentes y futuros, ó en bienes futuros simplemente, hecha bajo el imperio de las anteriores leyes que la permitían. No puede ser para nadie dudoso, después de las indicaciones hechas ya, que la donación establecida en esta forma debe ser considerada eficaz en cuanto á la sustancia de la disposición como dijimos antes; si bien para determinar después cuál sea la porción disponible ó la parte alícuota de la porción citada, que fué objeto de la donación, hay que estar á la ley vigente á la época del fallecimiento, porque tiene que guardar relación con la legítima, y ésta no puede ser fija-

da más que por dicha ley. Por esto, dicha clase de donación debe resolverse en una disposición relativa á los bienes que el donante haya de dejar á su muerte.

292. Al hacer aplicación de esta regla en Italia después de la promulgación del Código civil de dicho país, surgió una cuestión difícil que conviene examinar.

El Código citado ha concedido al cónyuge superviviente ciertos derechos sucesorios que no tenía con arreglo á las leyes anteriores. A tenor de lo dispuesto en los artículos 812 y siguientes, corresponden al cónyuge supérstite ciertos derechos sobre la herencia del cónyuge premuerto, los cuales pueden ser distintos, según que ellos concurran á la sucesión con hijos legítimos ó descendientes, con ascendientes ó con hijos naturales. El legislador dispone, sin embargo, en el art. 818, que la porción debida al cónyuge no pueda producir la disminución de la legítima perteneciente á los descendientes legítimos ó á los ascendientes, sino que debe ser sacada de la parte libre.

Esto sentado, se comprenden las dudas que han debido suscitarse sobre la eficacia de las donaciones de toda la parte disponible hechas bajo el imperio de las leyes anteriores al Código que la permitían, y sobre sus efectos en el caso de sucesiones abiertas después de empezar á regir dicho Código, dado el supuesto de que concurriese á la sucesión con hijos legítimos del *de cujus* ó con sus ascendientes el cónyuge superviviente, cuya porción, según hemos dicho, tiene que ser sacada de la parte libre, donada ya con anterioridad.

Suponiendo, en efecto, que toda la parte libre hubiese sido donada por virtud de actos de liberalidad llevados á cabo por contemplación al matrimonio antes de la publicación del nuevo Código civil, tiene que surgir la dificultad con relación á los derechos pertenecientes al cónyuge en las sucesiones que hubieran de ser abiertas bajo el imperio de dicho Código; pues habiendo dispuesto éste que la porción hereditaria del cónyuge sea sacada de la parte disponible, como dicha parte resul-

taría donada ya válidamente con arreglo á las leyes anteriores, imposible sería conciliar las disposiciones de la nueva legislación con la regla general de que deben ser admitidas y respetadas las donaciones hechas conforme á las leyes anteriores bajo el imperio de las mismas.

Partiendo algunos del principio de que cuando la donación *mortis causa* ó la institución contractual es permitida por la ley, adquiere el donatario un derecho perfecto desde el momento en que es hecha la institución ó donación, como sucede en la donación intervivos, han deducido que deben regirse por unos mismos principios una y otra de dichas formas de donaciones en cuanto á la materia de su reducción, así como no se diferencian tampoco respecto á las disposiciones aplicables para su validez.

Consecuente con ello, dicen que del mismo modo que la ley nueva que aumentare la legítima, ó que por vez primera la estableciese concediéndola á personas que antes no tenían derecho á ella, no puede hacer nacer el derecho de reclamar la reducción de las donaciones perfeccionadas ya con anterioridad á la promulgación de dicha ley, igual debe suceder respecto de las instituciones contractuales y de las donaciones *mortis causa*, en las cuales no puede surgir ningún derecho nuevo á la reducción, si la ley bajo cuyo imperio se abre la sucesión fuere distinta de la que estuviere en vigor cuando fué perfeccionada la donación.

En conformidad de esta opinión se adoptó la disposición contenida en el art. 27 de la ley transitoria que dice: «*todas las donaciones* perfeccionadas antes de la promulgación del nuevo Código, deben ser regidas por la legislación anterior en lo que respecta á la reducción», y se ha llegado á establecer como conclusión, que debiendo ser regidas las donaciones citadas por la ley anterior, y no correspondiendo al cónyuge superviviente ningun derecho de *reserva* sobre la parte disponible según dicha ley, tenía el donante plena facultad para transferir la totalidad de la parte libre, y habiéndolo transferi-

do ya por medio de la donación llevada á cabo, no puede ser mermada por la cuota perteneciente al cónyuge supérstite sin violar el derecho adquirido por el donatario.

Admitiendo este modo de razonar, se llegaría verdaderamente á una conclusión imposible. Se llegaría, en efecto, á admitir que el cónyuge superviviente no puede adquirir derechos sucesorios sobre la parte legitimaria, porque á ello se opone la ley nueva, y que no puede tampoco hacer valer sus derechos sobre la parte libre, porque habiéndola donado ya el *de cujus*, no se podría detraer porción alguna de lo que válidamente había sido transmitido, pues de lo contrario se vulneraría la regla general, antes indicada, que declara válidas y respetables las donaciones hechas con arreglo á las leyes anteriores mientras estuvieren vigentes las mismas.

Esta anómala conclusión es consecuencia del error que proviene de querer asimilar bajo todos sus aspectos la donación *inter vivos* con la donación *mortis causa* y con la institución contractual, no sólo en cuanto á las reglas referentes á su validez y eficacia, sino también en cuanto á las que deben regir su reducción.

No se puede desconocer, que tanto una como otra de dichas donaciones, viniendo á quedar perfeccionadas antes de la promulgación del nuevo Código, hacen nacer un derecho perfecto á favor del donatario; pero el objeto de ese derecho es sustancialmente distinto en uno y otro caso, porque en la donación pura y simple el derecho perfecto que se adquiere es la propiedad de las cosas donadas, mientras que en la donación sobre bienes futuros, ó presentes y futuros, lo que se adquiere es el derecho á suceder, el cual no puede ser sustraido, para lo relativo á su alcance y extensión, al imperio de la ley que haya de regular la sucesión, es decir, de la que estuviere vigente en el momento de la muerte del donante.

Una cosa es donar aquello de que uno puede disponer libremente en el momento en que se hace la donación, la cual, siendo aceptada, produce desde luego la transmisión de la pro-

piedad de los bienes donados, y otra cosa muy distinta es dar toda la parte disponible ó una porción alícuota de ella. En este último caso, no pudiendo ser determinada la cuantía de la parte disponible hasta el fallecimiento del donante, el objeto del derecho transmitido por virtud de dicha donación no puede en realidad ser otro que el derecho de suceder.

Este derecho es, sin duda alguna, un derecho perfecto siempre que el vínculo jurídico entre el donante y el donatario sea irrevocable; pero no atribuye la propiedad de las cosas donadas, sino solamente el derecho de adquirirlas como sucesor del donante.

Es, pues, natural que deba existir una diferencia sustancial entre unas y otras de dichas donaciones respecto de su reducción. El donatario que adquirió en propiedad lo donado y que lo adquirió válidamente porque le fué transmitido por el donante cuando tenía legalmente derecho para hacerlo, no puede sufrir ninguna disminución de sus derechos por haberse dictado después una nueva legislación, toda vez que los hechos pasados y consumados no están en el dominio del legislador. Por el contrario, aquellos que en virtud de la donación adquirieron sólo el derecho de suceder en aquella parte de bienes que el donante dejase en el momento de la muerte, no pueden invocar la ley vigente al tiempo en que la donación fué hecha para decidir cuál sea la cuota de la legítima y cuál la de la parte libre, ni deben sustraerse al imperio de la ley de la sucesión, porque esta sola es la única que determina y fija la porción legitimaria y el importe de ella en consideración á los bienes dejados por el *de cujus* en el momento de la muerte.

De todas estas indicaciones nos parece que se deduce con toda evidencia que, por ejemplo, la donación de la totalidad de la parte libre ó disponible hecha en contemplación al matrimonio con arreglo á las leyes civiles napolitanas (arts. 867 y 1064) no puede eximir al donatario de la obligación de satisfacer la cuota perteneciente al cónyuge superviviente con arreglo á lo que dispone el actual Código civil italiano si la

muerte del donante llegara á tener lugar bajo el imperio del mismo. En efecto, el derecho del donatario debe ser determinado, para todo lo relativo á su medida y cuantía, por la ley vigente en el momento en que el derecho de suceder adquirido por el donatario viene á desarrollarse y á ser efectivo. En su virtud, disponiendo la ley nueva que los derechos sucesorios concedidos por ella al cónyuge supérstite no pueden disminuir ni perjudicar la legítima de los descendientes, sino que se refiere á la parte libre, de la cual debe con dicho objeto sacarse la porción que al cónyuge citado pertenece, claro y evidente resulta que la cuota de éste debe ser extraída de la parte que tenga el carácter de disponible según la ley vigente á la sazón.

No vale decir en contrario que la acción de la legítima sobre la donación, en cuanto concierne á la inoficiosidad de la misma, quedó consumada con el acto mismo de la donación, y que no puede ser modificada por la ley posterior, pues, según ya hemos dicho, esto únicamente puede alegarse respecto de las donaciones puras y simples, porque en éstas todo queda consumado en el momento en que la donación llega á ser perfeccionada, y, por lo tanto, la relación de la legítima con la donación en este caso tiene importancia decisiva para determinar la disponibilidad de las cosas objeto de ésta en el momento en que la propiedad de las mismas fué definitivamente transmitida. No puede decirse lo mismo respecto de las donaciones *mortis causa* ni de las instituciones contractuales, porque estos hechos, si bien hacen nacer también derechos perfectos y relaciones contractuales, su objeto, sin embargo, es siempre hacer un heredero y crear un título para obtener á la muerte del donante la posesión legal y la propiedad de los bienes donados, si éstos hubieren quedado relictos y formaren parte de la sucesión, pudiendo siempre y en el entretanto el donante enajenar todo su patrimonio ó contraer deudas y hacer así ilusorio el derecho del donatario. En resumen, pues, cuando el donante ó el instituyente no hubiesen enajenado

parte de él ni contraído deudas, la donación de toda la parte libre se debe entender siempre que comprenderá aquella porción de bienes que en el momento de la muerte del disponente quedaran formando parte de la sucesión deducidas las legítimas, por lo que queda confirmada la regla establecida de que la cuota asignada al cónyuge superviviente debe deducirse del disponible con tanto más motivo si se considera que el derecho sucesorio del cónyuge, si no es una verdadera cuota cuota hereditaria, tiene el carácter de legítima (1).

293. Para todo lo relativo á la colación de las donaciones basta recordar lo que ya hemos expuesto antes acerca de la materia de la colación en general.

---

(1) Conf. Corte de apelación de Nápoles, sent. 11 de Enero de 1871. FUMARLO C. MERCURIO. *Gazz. del Procur.*, 1872, pág. 138; y GABBA, *Teoria della ret.*, vol. 122, pág. 424 y siguientes.

CAPÍTULO VIII

De la autoridad de la ley antigua y de la ley nueva, respecto de las obligaciones y contratos.

---

294. Autoridad de la ley nueva sobre los derechos que nacen de las obligaciones.—295. Cuestiones de derecho transitorio relativas á esta materia.

294. En este capítulo nos proponemos examinar cuál sea la autoridad, tanto de la ley antigua como de la nueva, con relación á los derechos que tienen por objeto una prestación, ó sea el cumplimiento de una obligación.

Los derechos que traen su origen de un acto humano, son los que con preferencia á todos los demás deben ser considerados como derechos adquiridos, cuando el autor de tales hechos, de los cuales provienen dichos derechos, no puede por su sola voluntad destruir ó modificar los efectos jurídicos que son consecuencia de los mismos, ni las obligaciones que de ellos se derivan en favor de otras distintas personas; de modo, que dicha relación jurídica forma, por decirlo así, un título irrevocable. En este caso se encuentran los derechos que nacen de los contratos, de los cuasi-contratos, de los delitos y de los cuasi-delitos.

Constituyendo las obligaciones un vínculo jurídico que crea una relación entre dos personas, en virtud de la que una

de ellas (que es la que viene á ser acreedora) puede exigir de la otra (que se convierte en deudora) la prestación objeto de la misma, y no pudiendo nacer este vínculo jurídico más que en el momento en que tiene lugar el concierto de ambas voluntades, parece desde luego que todo debe depender en esta materia de la ley bajo cuyo imperio se hubiere llevado á cabo dicho concierto, y por lo tanto, no puede existir duda racional alguna de que sobre tal relación jurídica no debe tener autoridad la ley posterior.

Parece, pues, fuera de toda controversia la regla de que las obligaciones y cuanto concierne á su existencia, su validez y sus efectos, deben quedar bajo el imperio de la ley que estuviere en vigor en el momento en que la obligación tuvo su origen, y que no puede aplicarse la ley nueva á las obligaciones nacidas antes de ella, sin dar á la misma una injusta retroactividad.

295. Debemos, no obstante, advertir que pueden suscitarse varias dificultades al hacer aplicación de dicha regla á pesar de ser tan sencilla. Basta en efecto, ante todo, observar que para que pueda nacer el derecho á la prestación, es necesario que hayan sido totalmente realizados los actos adquisitivos de ese derecho, y que puede bien suceder que antes que esto tenga lugar se modifique ó cambie la legislación hasta entonces vigente. En este caso ocurre naturalmente la duda de si habiendo tenido principio dichos actos con arreglo á una legislación, modificada después antes de quedar terminados todos ellos, deben ó no ser subordinados los actos posteriores á la autoridad de la ley antigua ó de la nueva.

Puede darse también el caso de que el acto adquisitivo puesto por completo en ejecución, sea después suspendido en cuanto á su eficacia respecto á la adquisición del derecho, por hallarse subordinado éste á un suceso ó hecho que no dependa de la voluntad de aquel de quien proviene el referido acto adquisitivo, como sucede en las obligaciones condicionales. En este supuesto pueden suscitarse asimismo dudas acerca de

la autoridad que deba tener la ley nueva que rija al tiempo en que se realice el hecho objeto de la condición.

Igualmente puede ocurrir que el acto adquisitivo llegue á verificarse bajo el imperio de una ley determinada pero que sea conexo con un derecho adquirido con anterioridad á ella, en cuya hipótesis puede nacer la duda de si el acto adquisitivo realizado debe considerarse como una parte, como un desenvolvimiento ó una transformación del derecho precedentemente adquirido, ó si por el contrario ha de estimarse como un hecho nuevo, aunque conexo con él, del cual nace un derecho nuevo también: cuestión que hay que resolver previamente para determinar cuál sea la legislación á que ha de sujetarse dicho acto.

Otras dificultades pueden originarse también en el caso en que quedando perfeccionada la obligación bajo el imperio de una legislación, llegara á cambiarse ésta antes de que hubiera sido cumplida por completo dicha obligación; pues cabría dudar en este supuesto si había de ser una ú otra de dichas legislaciones la que debiera regular el cumplimiento de la obligación citada, y dentro de qué límites debía ejercer su autoridad la ley antigua ó la nueva sobre todas las circunstancias y consecuencias que puedan tener lugar durante la ejecución ó cumplimiento de la obligación.

Del mismo modo aparece evidente á primera vista en cuanto á las formalidades exigidas por la ley para la existencia de una obligación, la regla de que las formalidades externas deben regirse exclusivamente por la ley vigente al tiempo en que se puso en ejecución el acto ó el hecho de que proviene la obligación. Pero esto no obstante, pueden también suscitarse dudas en el caso de que la ley nueva derogue ó exima de la observancia de ciertas formalidades exigidas bajo pena de nulidad por la legislación antigua, en cuya hipótesis podría sostenerse que el acto que no tenía fuerza jurídica la adquirió después de la promulgación de la ley nueva, y que quedó válido desde tal momento.

Las obligaciones que nacen de los contratos han sido y pueden ser objeto de larga controversia en este punto. En efecto, puede dudarse si ciertas relaciones nacidas bajo el imperio de una ley deben ó no ser consideradas como relaciones contractuales, y si deben ser en tal concepto aplicadas á las mismas la ley antigua ó la nueva, si deben ó no gozar las mismas garantías que gozaban según la legislación anterior, y si pueden ó no ser sometidas á las nuevas causas de resolución establecidas por la ley nueva y los preceptos de la misma relativos á los medios de prueba ó á las acciones judiciales por ella concedidas, etc., etc.

Hemos querido indicar todas estas cuestiones de derecho transitorio que pueden ocurrir, á pesar de la generalidad y sencillez de la regla al principio expuesta, para que se comprenda cómo la cuestión de la autoridad de la ley nueva, respecto de las obligaciones, es verdaderamente importante, por lo que conviene examinarla separada y cuidadosamente en todas sus partes.

§ 1.°

De las obligaciones y de los contratos en general.

296. La ley bajo cuyo imperio nace la obligación, regula los derechos adquiridos mediante ella.—297. Este principio vale aún en el caso de que la prestación deba ser cumplida en períodos sucesivos.—298. Eficacia de una ley nueva prohibitiva.—299. Los derechos adquiridos por la convención no pueden ser confundidos con las meras expectativas.—300. Se explica la distinción entre el derecho contractual perfecto y la facultad derivada del contrato.—301. Principios fundamentales sobre esta materia.—302. Naturaleza de las obligaciones.—303. Obligaciones contractuales.—304. De la solidaridad.—305. Requisitos esenciales para la validez.—306. Efectos de las obligaciones con relación á la ley que debe regularlas.—307. Aplicación de estos principios al pago y á la falta de pago, y sus consecuencias.—308. La distinción entre consecuencias próximas y remotas no es decisiva para determinar cuál sea la ley aplicable.—309. Se confirma el principio acerca de la ley que debe regular los efectos del contrato.—310. De las acciones y las excepciones.—311. De la prescripción de las acciones.

296. La relación entre la ley y la obligación, que nace mientras aquélla está en vigor, es cierta é inmediata porque la ley es un elemento integrante de la obligación misma. En efecto, para todo aquello que las partes no hubieren convenido ó declarado expresamente, se presume que éstas han querido referirse y estar á lo dispuesto por la ley y la costumbre vigentes en el lugar, y en el tiempo en que se obligaron. La ley viene á ser de este modo el complemento de la voluntad declarada de las partes, y es además el título de que provienen los derechos que son consecuencia de la obligación contraída y perfeccionada bajo el imperio de la misma. *Semper in stipulationibus et in cæteris contractibus id sequimur quod actum est. Unde si non appareat quod actum est, consequens erit, ut id sequamur, quod in regione in qua actum est frequentatur* (1). De

(1) L. 35, Dig. *De reg. jur.*

lo cual se deduce, que aun cuando hubiese sido adquirido por virtud de la costumbre vigente el derecho á una determinada prestación, no puede ser quitado éste por la ley nueva á pesar de constituir ésta un precepto escrito y contrario á la costumbre.

Hemos dicho ya en otra ocasión, y conviene aquí repetirlo, que al hablar de la ley y la costumbre nos referimos á aquellas de que se deriva un derecho concreto y positivo, y que no puede considerarse como tal el que se pretenda deducir de una falta de disposición legal, pues, según tenemos indicado varias veces, la deficiencia ó la falta de las leyes no puede constituir por sí sólo un título eficaz para adquirir un derecho á que no sea cambiado por una ley posterior el estado de cosas preexistente, ó para sustraerse á los preceptos imperativos de dicha ley posterior.

297. Debemos advertir además, que cuando el derecho á la prestación sea positivo, concreto y perfecto, si su realización ha de tener lugar en períodos sucesivos y antes de ello sobreviniera una ley nueva prohibitiva de la misma, no debe esta circunstancia ser eficaz ni bastante para impedir que pueda continuar cumpliéndose dicha prestación. Siempre que ésta pueda ser considerada como el ulterior desenvolvimiento del derecho adquirido, debe seguir sometida al imperio de la ley que estuviere en vigor cuando nació el derecho á ella.

En efecto, debiendo ejercer su autoridad la ley nueva prohibitiva tan sólo sobre el porvenir, no puede sin retroactividad impedir que el ulterior desenvolvimiento de la prestación se realice de conformidad con la ley bajo cuyo imperio quedó perfecto el derecho á exigir dicha prestación. Por ejemplo, el derecho á reclamar el interés del 12 por 100, ó más, adquirido mientras regía en Italia la ley que permitía la estipulación de los intereses á cualquier tipo, debe ser respetado á pesar de que la nueva ley prohiba todo interés convencional superior al 6 por 100, sin que pueda aducirse en contrario, como lo hace Borsari, que siendo dicha ley de orden público debe ser

retroactiva, no en el sentido de hacer restituir el exceso en los intereses percibidos, sino en el de impedir la ulterior percepción de los mismos en adelante (1). Y entendemos que no puede aducirse tal consideración por hallarse en contradicción con lo que hemos expuesto en la parte general, en la que queda sentado que el carácter prohibitivo de la ley nueva no es una razón bastante para deducir de ella su retroactividad.

298. La ley prohibitiva sujeta también á sus preceptos, en ciertos casos, los derechos adquiridos con anterioridad á ella, pero esto sólo sucede cuando se prohiben determinadas instituciones jurídicas que eran reconocidas antes. En este caso se verifica una especie de expropiación de los derechos precedentemente adquiridos, por razones de pública utilidad que están comprendidas en los fines mismos de la ley. Así, en el ejemplo antes citado, si el legislador dispusiera que no pueda ejercitarse ninguna acción para obtener el pago de un interés superior al 6 por 100, esta prohibición afectaría después de la promulgación de la nueva ley aun á los contratos con anterioridad terminados, sin que haya razón para decir que la misma tenga fuerza retroactiva, porque en verdad la sanción de la ley nueva somete á su imperio la acción que estuviese por nacer al empezar á regir la misma, y sujetando á sus preceptos imperativos dichas acciones dispondría para el porvenir.

Lo mismo debe decirse en el caso de que la ley nueva suprimiese por completo ciertas instituciones jurídicas, porque en él todas las obligaciones dependientes ó derivadas de la existencia de las mismas vienen á quedar sometidas á la autoridad de dicha ley. Esto sucedió, por ejemplo, con la ley que suprimió en Italia las corporaciones religiosas y con la que puso término á los fideicomisos, las sustituciones progresivas, etc., etc.

299. Es necesario no confundir el derecho á la prestación, adquirido y perfecto desde luego, pero que debe ser cumplido

---

(1) *Comentario al Código civil*, art. 2.°, § 15.

en períodos diferentes y sucesivos, con el que se adquiere por un tiempo indeterminado, si bien para convertirse en derecho real y concreto requiere algún acto del hombre. En este caso, por lo mismo que el derecho concreto tiene que nacer á consecuencia del acto subsiguiente, debe también ser regido por la ley que estuviere en vigor al tiempo de ejecutarse dicho acto, toda vez que entonces es cuando el derecho viene á ser adquirido verdaderamente. Esto es lo que sucede, por ejemplo, con el derecho á la compensación, el cual se adquiere en el momento en que el contrato queda perfecto y subsiste mientras dura la posibilidad física y jurídica de llevarla á cabo, pero como este derecho no se realiza más que cuando la compensación es consumada, debe aplicarse la ley nueva si esa estuviere ya en vigor á la sazón y no aquella bajo cuyo imperio nació la relación contractual á que la compensación se refiere.

300. Así debe ser entendida la regla de Bartolo invocada por Meyer. Ocupándose aquel jurisconsulto de la cuestión relativa á cuándo debe ser aplicada la ley antigua y la ley nueva, la resuelve del siguiente modo: *aut jus quaesitum est in antiqua lege, tunc lex antiqua servanda, modo lex antiqua tribuat jus sine aliquo facto, red ex mera et pura voluntate, et dispositione legis, et sine facto et ministerio alicujus, ut in dote, donario et aliis juribus ex ipso matrimonii contracti jure competentibus, sine alio hominis ministerio: aut vero ut jus quaeratur, factum hominis desideratur, nec jure et lege jus quaeritur, sed factum aliquod requiritur: tunc ella lex aut consuetudo servanda, sub qua tate factum incidit* (1).

Ahora bien: si dicha regla de Bartolo tiene que entenderse en el sentido de que cuando para la realización del derecho ha de concurrir algún acto del hombre, debe aplicarse la legislación vigente en el momento en que el hecho se verifica, deja de tener aplicación la regla general antes indicada.

---

(1) Sobre la ley 9.ª Dig. *De justitia et jure*, núm. 45.—Véase Meyer, página 154.

En efecto; si el derecho de ejecutar dicho acto hubiese sido adquirido en el momento de la celebración del contrato, no podría ser mermado después, al sobrevenir la ley nueva, sin incurrir en retroactividad. Quien vende con el pacto de retro ó de volver á comprar la misma cosa vendida, puede ejercitar este derecho aun después de haber sido promulgada la ley nueva que prohiba tales pactos ó que no le admita en las circunstancias previstas por la legislación anterior. No obsta á ello el que para la resolución de la venta con el pacto indicado de volver á comprar sea necesario que tenga lugar un acto del hombre y que rija una ley distinta cuando dicho acto se realice, porque, según la regla general ya establecida, habiendo sido adquirido este derecho, aunque facultativo, con el derecho principal, debe ser regido por la ley bajo cuyo imperio se adquirió éste, y no por la que estuviere en vigor en el momento en que aquel derecho es puesto en ejercicio.

Por el contrario, si los cónyuges hubiesen regulado en el contrato de matrimonio sus respectivos derechos sobre los bienes del mismo con el pacto de poder modificar, durante el matrimonio, la convención entre ellos establecida (en el supuesto de que fuera esto permitido con arreglo á la ley), y no se hubiese hecho uso de esta facultad antes de la promulgación de la ley nueva que prohibiera modificar las convenciones matrimoniales, no podrían hacerlo después de haber empezado á regir dicha ley. El derecho adquirido por los cónyuges para que sean consideradas las modificaciones hechas en el contrato de matrimonio como parte de los mismos pactos nupciales, debe ser respetado en todos sus efectos por la ley posterior si se hubiesen aprovechado ya de ese derecho y en virtud de él hubieren modificado la convención matrimonial; pero si no lo hubieran hecho con anterioridad á la promulgación de la ley nueva, no podrían utilizar en adelante ese derecho, porque dependiendo en esto todo del hecho de la modificación de las convenciones matrimoniales, ésta no podría jurídicamente efectuarse después de haber sido dictada dicha ley.

Para apreciar mejor la diferencia entre uno y otro caso, puede servir el ejemplo de la constitución de renta. En el supuesto de que aquel que ha constituído la renta tenga por pacto expreso ó por ley el derecho de hacer rescindir el contrato, si el deudor no paga la pensión por un número determinado de años consecutivos, no puede el mismo ser privado de ese derecho por la ley posterior, porque aunque éste se derive de la ley y sea meramente facultativo, es, sin embargo, un derecho perfecto, y como tal debe ser respetado por el principio de la irretroactividad. Pero si con arreglo á la ley estuviese admitido el rescate de la renta en dichas circunstancias y bajo ciertas condiciones, y no hubiese hecho uso de esa facultad el deudor antes que hubiere sobrevenido la ley nueva, que no admitiese en lo sucesivo tal rescate en las circunstancias indicadas, no podría el mismo llevarlo á efecto después de la promulgación de dicha ley.

El derecho que proviene de la ley es en efecto un derecho perfecto, aun cuando sea potestativo del sujeto del mismo el hacerle ó no valer dicho derecho, ó sea el ejecutar ó no el acto necesario para la realización del mismo; pero el derecho de aprovecharse de una disposición legal es también un derecho perfecto, si bien no puede éste ejercitarse más que mientras dure dicha ley, porque cambiada ésta falta ya el objeto del derecho, toda vez que consiste el mismo en la facultad de aprovecharse de la concesión hecha por la ley y de ejecutar determinados actos para la adquisición de un derecho, siendo evidente que la condición esencial para hacerlo efectivo es que el individuo se aproveche de la disposición legal mientras estuviere vigente.

301. Deducidos y determinados ya con toda claridad y precisión los principios generales en la materia, podemos reasumirlos en las siguientes reglas:

1.ª El derecho á la prestación, ya provenga de contrato ó cuasicontrato, de delito ó cuasidelito, ya provenga de la ley, debe ser regido en todo caso por la legislación bajo cuyo im-

perio quedare perfecto el vínculo jurídico ó la obligación de que se deriva dicho derecho:

2.ª Cuando la completa ó sucesiva realización de este derecho dependa de un acto adquisitivo eventual que esté en la facultad del sujeto del mismo el ejecutarlo ó no y llegare á verificarse estando vigente ya una ley distinta de aquélla bajo cuyo imperio se adquirió el derecho de ejecutar ó no ejecutar el acto adquisitivo eventual, esta última legislación es la que debe ser aplicada; y

3.ª Cuando el derecho atribuído al individuo consista en la mera facultad de poderse aprovechar de la concesión de la ley para poder ejecutar determinados actos que han de producir la adquisición del derecho, siendo en este caso el hecho eficaz para la adquisición de dicho derecho el que se haya ó no aprovechado el individuo de la concesión citada, este hecho no podría tener lugar después que hubiere sido promulgada una ley nueva que prohibiera su ejecución.

302. Los principios expuestos hasta aquí tienen aplicación al derecho á la prestación considerado como vínculo jurídico, y por lo tanto á la validez, á la naturaleza, á los efectos inmediatos de la obligación y á cuanto concierne al contenido de la misma. En su virtud, para determinar si la obligación es civil ó natural, si es pura ó condicional, si consiste *in dando vel in faciendo*, si es una obligación simple ó solidaria, debe aplicarse la ley vigente al tiempo en que fué terminado el acto que da origen á la relación jurídica. Sin embargo, si la ley nueva hubiese transformado una obligación natural en una obligación civil, sus preceptos se aplicarán también á las obligaciones naturales nacidas bajo el imperio de la legislación anterior á ella, porque la falta de la acción civil en la legislación vigente al nacimiento de la obligación no puede ser considerada como un derecho adquirido contra el legislador para limitar por él el poder que al mismo corresponde para conceder fuerza ó acción á una obligación ó débito que antes no la tuviese. La ley nueva no podría hacer nacer una obligación de hechos llevados á cabo

bajo el imperio de la antigua, los cuales con arreglo á la misma no fueran eficaces para dar vida á obligación alguna, pero puede sí conceder acción civil á una obligación natural sin ser por esto retroactiva, toda vez que no violaría por ello ningún derecho.

303. Cuando la obligación fuese condicional se debe aplicar siempre la legislación bajo cuyo imperio hubiese nacido la condición para decidir si ésta es suspensiva ó resolutoria, si es lícita ó ilícita y si la condición resolutoria debe considerarse implícitamente consentida sin necesidad de pacto expreso, ó si, por el contrario, es éste absolutamente indispensable para estimarse aceptada dicha condición. Con arreglo á la misma ley, deberán también determinarse los derechos del acreedor y del deudor de la obligación mientras estuviere pendiente la condición. Sin embargo, si la nueva ley permitiese al acreedor asegurar de algún modo su derecho frente al del deudor, pendiente la condición, entiendo que dicha disposición podría aprovechar al acreedor cuyo derecho hubiera nacido con anterioridad á su promulgación.

En efecto, la ley antigua sería aplicable á la sustancia del derecho, pero no á cuanto concierne á la conservación del mismo y á su medida. Por el contrario, si la ley nueva concediese al acreedor mayores garantías para asegurar su derecho éstas no podrían aprovecharle, y no por eso tendría razón el acreedor cuyo derecho hubiere nacido con anterioridad para suponer que con esto se diera lugar á ninguna violación de derechos adquiridos.

La ley vigente en el momento en que viene á realizarse la condición, debe también ser aplicada para decidir si puede ó no estimarse cumplida la misma; pero cuando se considere que la condición ha sido cumplida, ésta se retrotraerá al principio de la relación jurídica, la cual tiene que ser regida en todos sus aspectos por la ley bajo cuyo imperio hubiere tenido origen. El derecho, aunque sea condicionado, debe considerarse como un derecho perfecto, y, por lo tanto, tiene que estar bajo

el imperio de la ley que se hallare en vigor cuando tuvo lugar el acto adquisitivo de que proviene el mismo.

304. En cuanto á las obligaciones solidarias, debemos hacer coustar que si la ley nueva, por precepto expreso de la misma, quitase el carácter de solidaridad á una obligación determinada y estableciera la regla de su divisibilidad, los preceptos de dicha ley serán aplicables también á las obligaciones que fueran declaradas solidarias con arreglo á la ley anterior. Todos los actos jurídicos que subsistan después de haber empezado á regir la ley nueva pueden ser sujetados á los preceptos de la misma. En el supuesto en cuestión, el objeto inmediato de la disposición del legislador sería el quitar el carácter de solidaridad á la obligación, y tal precepto afectará aun á las obligaciones solidarias nacidas bajo el imperio de la legislación anterior. Otra cosa sería si tuviera que resolverse respecto de la solidaridad ó no solidaridad proveniente de la ley ó de la convención, pues en este caso debe siempre aplicarse la ley vigente en el momento en que nació la obligación, *unicujusque enim contractus initium spectandum est et causam*. Otro caso que puede ocurrir se refiere á la aplicabilidad de las dispociones nuevas relativas á las obligaciones solidarias, como sucedería, por ejemplo, con aquella que quitase á la deuda el carácter de solidaridad que tuviera en su origen, cuya disposición, así como todas las semejantes á ella, sometería á sus preceptos á todas las obligaciones indistintamente.

305. Respecto de la validez ó nulidad intrínseca de las obligaciones, es necesario referirse á la ley del tiempo en que nació el *vinculum juris* para decidir si subsisten ó no los requisitos esenciales del mismo. Estos son generalmente la capacidad, el consentimiento válido, un objeto determinado que pueda ser materia de convención y una causa lícita para obligarse. Esto sentado, suponiendo que no falten á una obligación todos los requisitos esenciales para su validez con arreglo á la legislación vigente cuando ésta tuvo su nacimiento, no puede ser razón bastante para anularla el que la ley poste-

rior, bajo la cual se pone en ejercicio el derecho á la prestación, haya establecido una regla nueva y nuevas condiciones para la validez de la misma obligación.

Por el contrario, una obligación nula en su origen no puede ser declarada válida porque la ley posterior haya declarado innecesario alguno de los requisitos esenciales que faltasen á la misma en el momento en que tuviere lugar el hecho constitutivo de la obligación.

Para la capacidad de obligarse, recuérdese la regla expuesta antes, acerca de cuál deba ser la autoridad de la ley nueva que modifique las reglas relativas á la capacidad.

Respecto del consentimiento es evidente que debe aplicarse la ley que estuviere en vigor al tiempo en que mediante él nació el *vinculum juris*, y, por lo tanto, ha de estarse á ella para resolver si debe ó no considerarse prestado el consentimiento y para apreciar los efectos del error, de la violencia, del dolo y de las condiciones subjetivas, de las cuales haya de derviarse el vicio del consentimiento.

Para cuanto concierne al objeto ó al contenido de la obligación, es necesario también referirse única y exclusivamente á dicha ley para decidir primero si la prestación puede ser ó no materia de convención, y para determinar después la extensión, la cuantía y la índole de la obligación.

En cuanto á la condición físico-jurídica de las cosas, recuérdese también lo que acerca de esto hemos dicho ya en otra ocasión.

306. Los efectos y las consecuencias de los contratos estipulados bajo la legislación anterior, pueden motivar algunas dudas respecto á si debe aplicarse á ellos la ley nueva, vigente en el momento en que dichos efectos deben desenvolverse, ó la antigua bajo cuyo imperio fuere estipulado el contrato.

Merlin sienta como regla que todos los derechos que tienen su origen en los contratos, ya sean eficaces y efectivos desde luego, ya eventuales ó meras espectativas, deben ser regidos por la legislación anterior, y deben estar á cubierto de

cualquiera innovación introducida por la ley posterior (1). Bianchi sostiene la misma opinión; y además nos parece también oportuno mencionar la advertencia hecha por Mevio: *Cave in hac materia confundas actum solemnia nec non et effectus ab ipsis causatos cum* EORUM ONERE *et accidenti extrinseco, quod contractus subsequitur, sed non ex ipsis contractibus est. Id dum multi non discernunt forenses, maxime lædunt et gravantur* (2).

En efecto, debe distinguirse entre los efectos directos de la obligación que se derivan de la naturaleza del contrato, ó de una disposición legal ó de la costumbre vigente en el tiempo en que las partes se obligaron, y los efectos eventuales ó indirectos, los cuales son consecuencia de hechos posteriores ó de circunstancias que tienen lugar durante la ejecución. Los primeros, ya dependan directamente de la ley, ya de la voluntad manifestada por las partes contratantes bajo el amparo de la ley, deben desenvolverse con arreglo á dicha ley, porque las convenciones obligan, no sólo en cuanto á lo expreso en ellas, sino también en todo lo que es consecuencia de las mismas según la equidad, el uso ó la ley de que se derivan. Los segundos dependen en realidad del hecho posterior, puesto que no pueden ser considerados como conexos por naturaleza con la obligación misma, sino que se realizan durante la ejecución de ella, como sucede, por ejemplo, con la negligencia, la mora, el modo de medir ó estimar la cosa debida y otros actos semejantes; y por lo tanto, caen bajo el imperio de la ley que estuviere vigente al tiempo en que dicho acto llegara á realizarse.

En la parte general de esta obra dijimos que los derechos accesorios son también derechos adquiridos con el derecho principal cuando se derivan de la ley (3), y ahora dando por reproducido lo entonces dicho, debemos añadir que en los con-

---

(1) *Repert. Effet retroactif.* sec 3.ª, § 3, art. 3.º

(2) *Ad jus Lubencese. Quest prel.* 4, núm. 18.

(3) Véase capítulos 1.º y 2.º

tratos debe considerarse como adquirido todo derecho á deducir determinadas consecuencias de las relaciones contractuales que se funde ó en pacto expreso ó en la ley y en la costumbre. La ley nueva que se hallare en vigor al tiempo de deducirse dichos efectos, del mismo modo que no puede cambiar las relaciones contractuales, no puede tampoco alterar el derecho adquirido de que todos los efectos directos de dichas relaciones sean determinados y regidos por la ley vigente al celebrarse el contrato.

307. Por consecuencia de estos principios debe aplicarse la ley citada, ó sea la del tiempo del contrato, para determinar el derecho al pago, y el pago que sea eficaz para extinguir la obligación, así como para resolver si las cosas perecen para el deudor ó para el acreedor, si el deudor viene obligado á la culpa lata ó á la leve, ó si solamente debe responder del dolo, si ha de considerársele responsable aun en el caso de fuerza mayor ó de caso fortuito, y para fijar también el derecho de pedir el resarcimiento del daño causado, la obligación de consignar la cosa ó su equivalencia, el derecho á la garantía, el de demandar la rescisión del contrato por lesión, etc., etc.

Cuando la ley nueva declare incapaz para recibir el pago á quien antes era capaz, en este caso hay necesidad de atenerse á dicha ley nueva para decidir á quién debe ser hecho el pago para que éste extinga la obligación.

También debe ser aplicada la ley nueva que rija en el momento de hacer el pago para todo lo relativo al modo de efectuarlo, dejando, sin embargo, á salvo siempre la regla general de que para resolver cuándo debe considerarse cumplido el pago, es necesario estar á lo dispuesto en la ley bajo cuyo imperio nació la obligación.

Por la misma razón legal debe decirse que el derecho perteneciente al acreedor para obligar al deudor á indemnizarle de la pérdida sufrida por la falta de pago, debe determinarse y regirse también por la ley del tiempo del contrato; pero si este derecho surgiese en virtud de un hecho nuevo que no formó

parte de las relaciones y estipulaciones contractuales, deberá aplicarse entonces la ley bajo la cual se verificare el hecho nuevo origen de dicho derecho. Esto sucedería, por ejemplo, en el caso del heredero del depositario que hubiese vendido de buena fe la cosa depositada ignorando que se hallaba constituída en depósito, en cuyo supuesto deben ser determinadas y reguladas las consecuencias de dicho hecho con arreglo á la legislación vigente á la apertura de la sucesión, y no por la que se hallase en vigor cuando se hizo el depósito.

Por la misma razón también deberá ser aplicada la ley del tiempo del contrato para resolver si en el de permuta hay ó no derecho para pedir resarcimiento de daños en el caso de mediar lesión, y si en el contrato de venta es obligado el vendedor á indemnizar al comprador algo más del precio cuando la cosa fuese defectuosa ó se hubiese perdido por causa de sus defectos ó por caso fortuito; pero para decidir después si hay ó no mora en el cumplimiento de la obligación, y para estimar lo que se debe en tales casos, hay que aplicar la ley vigente al tiempo en que el acreedor hubiere sufrido la pérdida.

308. Algunos escritores, discurriendo acerca de la ley que deba regular los consecuencias de los contratos, han creído encontrar un criterio seguro para resolver cuál haya de ser aplicada, distinguiendo dichas consecuencias en inmediatas y remotas. Estas, según dichos autores, serán todos los efectos y consecuencias que aun cuando se deriven de un contrato no puedan preverlas las partes, por lo que no puede decirse que las hayan hecho objeto dichas partes de sus relaciones contractuales. Hecha esta distinción, han sostenido que las consecuencias remotas deben ser regidas por la ley vigente al tiempo en que las mismas tuvieren lugar (1).

Tal distinción, sin embargo, no da una regla segura. En efecto, las relaciones contractuales caen siempre bajo la ley imperante en el momento en que las mismas tienen vida y es-

(1) Véase Blondeau. *Disert effec retroactif.*

tán sujetas á dicha ley en toda su extensión y en todas sus consecuencias, ya sean próximas ó remotas, ya se hayan previsto ó no al llevar á cabo la convención. Esto depende del principio de que la ley de la relación contractual debe regir dicha relación en toda su extensión y en todo su ulterior desenvolvimiento. Por lo tanto, para decidir si cualquier efecto ó consecuencia de un contrato debe estar ó no sujeto al imperio de dicha ley, basta tener en cuenta si tal efecto ó consecuencia se deriva ó no de las relaciones contractuales, pues de esto depende únicamente la resolución de dicha cuestión. Luego la sustancia de las cosas no puede ser cambiada por la circunstancia de haber ó no previsto las partes al celebrar la convención toda la extensión de las relaciones contractuales y de los derechos y obligaciones recíprocas que son propias de las mismas.

Solamente debe aplicarse la ley posterior, vigente en el momento en que el hecho se realizare, respecto de los efectos y consecuencias derivados de hechos que no estuvieren comprendidos en el objeto jurídico de la relación contractual ni por disposición de la ley ni por voluntad de las partes, pero esto depende de que no formando parte dicho hecho de la relación contractual indicada no puede estar por sí mismo bajo la ley del contrato. Esto debe decirse, por ejemplo, de la fianza ó garantía y de sus efectos, si no hubiese sido prestada en el contrato originario de la obligación asegurada con ella, sino á consecuencia de la falta de solvabilidad en que se hubiere hallado el deudor. El derecho de repetición que corresponde al fiador contra el deudor principal y la subrogación legal sancionada por la nueva ley deberán ser admitidas con arreglo á ella, si faltando la garantía del deudor, después de la promulgación de dicha ley se hubiese prestado la fianza bajo el imperio de la misma.

Lo mismo sucede con la reconducción tácita que se deriva del hecho de la posesión tolerada del locador después de haber espirado el término de la locación, pues como ésta no formó

parte de las relaciones contractuales originarias, ó sea del contrato de arrendamiento celebrado, debe ser regida por la ley vigente al tiempo en que tiene lugar dicha posesión.

309. En todo caso debe servir como regla el principio de que no pueden considerarse como efectos naturales del contrato aquellas consecuencias que con ocasión del mismo ó de su ejecución nacen de hechos nuevos no tenidos en cuenta en él y que dan lugar á nuevas relaciones jurídicas entre los contratantes. Esto puede decirse, por ejemplo, de la novación, de los efectos de la ratificación ó de la confirmación de un contrato nulo en su origen, de los efectos de la cesión de un derecho litigioso, de la confusión, de la cualidad de deudor y acreedor, etc., etc., cuyas relaciones, como tienen origen en hechos nuevos ó en actos accidentales que vienen á tener lugar durante la ejecución de la convención *ex post facto*, deben ser regidas por la ley vigente en el momento en que se realizaren dichos hechos ó actos.

En cuanto á la ratificación ó confirmación de una obligación nula ó no válida, es necesario advertir que la admisibilidad ó inadmisibilidad de la ratificación, propiamente dicha, debe depender de la ley bajo cuyo imperio fué contraída la obligación. En su virtud, si con arreglo á dicha ley fuese nula la obligación originaria de tal modo que su intrínseca nulidad no pudiera ser subsanada jamás por una ratificación posterior, no podría invocarse la ley nueva que hubiese quitado la prohibición, consignada en la antigua, de la ratificación posterior, para pretender convalidar mediante ella el acto originariamente nulo, pues esto equivaldría, en efecto, á dar á la ley nueva autoridad retroactiva sobre el contenido de la obligación nacida antes de haber comenzado á regir dicha ley.

La regla que queda expuesta puede servir, pues, solamente en el caso de que la ratificación ó confirmación estuviese prohibida por la ley bajo cuyo imperio fué contraída la obligación nula ó inválida y que hubiera tenido lugar después de empezar á regir la ley nueva, en cuya hipótesis la cuestión versa

sobre los efectos de la ratificación y no sobre las condiciones de su admisibilidad ó inadmisibilidad. Con referencia á dicha cuestión, nosotros opinamos que los efectos de la ratificación deben ser regidos por la ley vigente en el momento en que la misma tuviere lugar, lo cual sostenemos, sin prejuzgar nada la cuestión de las condiciones relativas á la admisibilidad ó inadmisibilidad de la ratificación misma, la que, como hemos dicho ya, debe ser resuelta con arreglo á la ley bajo cuyo imperio nació la obligación y sin prejuzgar también los derechos adquiridos por terceras personas, según la ley y con las formalidades establecidas por la misma con anterioridad á la ratificación ó á la confirmación, que deberán ser respetados siempre lo mismo que todos los demás derechos legítimamente adquiridos.

Con arreglo á dicho principio, puede deducirse que si estando vigente las leyes civiles napolitanas abolidas con la publicación del Código civil italiano, hubiese quedado terminado el contrato de enfiteusis y se hallase atacado éste de algún vicio de nulidad, siendo ratificado después de la promulgación de dicho Código, serían aplicables en éste las disposiciones contenidas en los artículos 1932 y siguientes del mismo relativas á la transcripción exigida por ellos para hacer eficaz dicho contrato en perjuicio de tercero. No podría aducirse en contrario á esto que por las leyes abolidas de 1819, no era exigida la transcripción del contrato enfitéutico, puesto que con razón podría objetarse á ello que siendo nulo el contrato originario y teniendo lugar la ratificación bajo el imperio del Código italiano, deben aplicarse las disposiciones del mismo para decidir acerca de la eficacia de dicha ratificación bajo el punto de vista de la transferencia de derechos inmoviliarios contra terceros.

Por la misma razón, si bajo la ley antigua hubiese terminado el contrato de mutuo con interés y no hubiesen sido pagados los intereses correspondientes, podrían producir otros intereses también los vencidos y no pagados después de la pro-

mulgación de la ley nueva en el supuesto de que ésta haya establecido la regla de que los intereses devengados y no satisfechos produzcan interés con arreglo al tipo legal admitido. No valdría aducir en contra en esta eventualidad que siendo debidos dichos intereses en virtud de un contrato celebrado bajo el imperio de la legislación anterior, deben ser determinados y regulados con arreglo á ella, pues como los intereses de los intereses no pagados son la consecuencia del hecho de la falta de pago, y tal hecho viene á tener lugar bajo el imperio de la ley nueva que los admite, es natural que deban ser aplicadas las disposiciones de dicha ley para regular todas las consecuencias jurídicas que puedan derivarse de la mora y para decidir con arreglo á ellas si es ó no necesaria para tal efecto la reclamación judicial y cuanto concierne á todos los efectos de la falta de pago.

310. Son también consecuencia de las relaciones contractuales las acciones pertenecientes al acreedor para obligar al deudor al cumplimiento de su prestación, y las excepciones por cuyo medio puede el deudor repeler la demanda de aquél. También para decidir acerca de esto, es necesario hacer distinción entre las acciones y excepciones relativas al fondo del derecho, y las que se derivan de hechos ó actos nuevos y accidentales *ex post facto*. Las primeras caen siempre bajo la ley del tiempo del contrato, y las segundas bajo la que estuviere en vigor cuando ocurra el hecho ó se ejercite la acción, si se tratase de excepciones dilatorias ó relativas al procedimiento.

En conformidad con lo expuesto, deben ser apreciadas con arreglo á la ley de la relación contractual la *exceptio non numeratæ pecuniæ*, la *exceptio excusioni*, la *exceptio doli*, la *exceptio moræ purgationis*, etc., etc. Por el contrario, todas las excepciones basadas en hechos ó actos posteriores al contrato de que nace la obligación, deben ser regidas por la ley que estuviere vigente cuando se ejecutó el hecho de que se derive ó en que se funde la excepción. Esto sucede, por ejemplo, con la excepción fundada en el hecho de la voluntaria ejecución de una

obligación nula, en la forma y en los términos establecidos por la ley, cuyo hecho, con arreglo á la ley nueva, produce ó lleva consigo implícitamente la renuncia de los medios ó recursos para obtener la nulidad de dicha obligación. Si conforme á la ley bajo cuyo imperio nació la obligación, era admisible la ratificación ó la confirmación de la misma para subsanar el vicio de nulidad de que en su origen adoleciera, la voluntaria ejecución llevada á cabo después de la promulgación del nuevo Código produciría entre las partes todos sus efectos con arreglo al mismo, y por sus disposiciones debería regularse el valor de la excepción fundada en este hecho.

Del mismo modo, la excepción que tuviera por base la aprobación posterior dada por uno á otro, que tuviera necesidad de su consentimiento para obrar por él, debe ser apreciada según la ley vigente en el momento en que fué prestado el consentimiento posterior, más bien que según la que estuviera en vigor cuando nació la obligación primitiva.

Para todo lo concerniente á las acciones rescisorias, revocatorias y de nulidad de las obligaciones, debe también servir la misma regla. Sin embargo, si la ley nueva admitiese una nueva causa de rescisión dependiente de un hecho ó de un acto voluntario, y este hecho ó acto se realizara después de empezar á regir dicha ley, y la parte contra la cual se intentase la acción no pudiese alegar haber adquirido un derecho perfecto á ejecutar tal hecho ó tal acto sin dar lugar á la rescisión, las disposiciones de dicha ley nueva serían aplicables para provocar la resolución del contrato (1). El no haber estimado la ley antigua ese acto voluntario del hombre como una causa de resolución, no constituye ni puede constituir, como ya hemos dicho varias veces, un derecho creado por parte de los interesados para impedir que el legislador declare en adelante á aquel hecho como una causa de resolución, ni menos podría sostener

(1) Confr. Cass. de Nápoles. Sentencia de 22 de Julio de 1869 (Ventriglia). *Annali di Giur.*, III, 1, 310.

el que ejecutase voluntariamente cualquier acto que caiga bajo el precepto imperativo de la ley nueva la extraña pretensión de poder llevar á cabo dicho acto sin someterse á las disposiciones de la legislación imperante en el momento en que el mismo tuviere lugar.

Finalmente, en cuanto á la prescripción extintiva, ó sea la prescripción como medio de extinguir las obligaciones, nos referimos á lo que tenemos ya dicho en general acerca de dicha clase de prescripción.

§ 2.º

De las formalidades exigidas para la existencia jurídica de las obligaciones y de los medios de prueba.

312. Principios de derecho transitorio acerca de la forma de los actos.—313. Se refuta la teoría de Lassalle acerca de la nulidad por defecto de forma. —314. Aplicación de los principios á la formalidad de la transcripción.—315. Consecuencias de la omisión de la transcripción de los actos ejecutados bajo el imperio de las leyes anteriores.—316. Verdadero carácter de la transcripción con arreglo á la ley vigente.—317. Aplicación de los principios á la prueba.—318. Ley nueva que amplíe ó restrinja los medios de prueba.—319. Los mismos principios se aplican á las reglas de interpretación.

312. Las formalidades prescritas por las leyes para que algún acto del hombre pueda ser considerado como título jurídico bastante para la adquisición de un derecho y de la correlativa obligación, deben ser determinadas y reguladas por la ley que estuviere vigente en el momento en que fué realizado dicho acto.

En efecto, sería contrario á todos los principios de derecho el admitir que la ley nueva pudiese extender su autoridad sobre las formas de los actos antes de haber empezado á regir ó

que pudiese declarar nulo cualquier acto anterior revestido de todas las solemnidades necesarias, según la legislación bajo cuyo imperio se hubiere llevado á cabo dicho acto.

Este principio es de suyo tan evidente que no es necesario insistir en su demostración. Para decidir, pues, si es ó no necesario para la validez del contrato que se consigne por escrito (1), y si la formalidad de la escritura es exigida sólo para la prueba del contrato, ó si, por el contrario, se requiere como indispensable para la existencia jurídica del mismo, é igualmente para resolver si la forma de la escritura debe ser la de documento privado ó público, y cuál pueda ser el efecto de la total ó parcial inobservancia de las formalidades exigidas; y por último, para cuanto se relaciona además con las cuestiones relativas á las formas extrínsecas de los actos y de los contratos, menester es referirse á la ley del tiempo en que éstos se hubieren llevado á cabo (2).

En conformidad á esta regla, si la ley nueva aboliese cualquiera formalidad exigida antes bajo pena de nulidad por la legislación del tiempo del contrato, no convalidaría, sin embargo, tal disposición nueva la relación jurídica que en su origen no fuese válida por la falta de dicho requisito ó formalidad.

---

(1) Según las abolidas leyes napolitanas, cualquier contrato cuyo valor no fuese superior á 50 ducados (ó sean 212 liras 50 céntimos) podía ser hecho verbalmente, y cuando era seguido por la posesión durante cierto tiempo, confería un derecho incontestable según el art. 2171 de dichas leyes. En su virtud se ha considerado con razón que la venta de un inmueble hecha verbalmente bajo tales leyes debe estimarse eficaz bajo el imperio del Código italiano, aun contra aquel que hubiese adquirido después el mismo inmueble de la misma persona y hubiese perfeccionado la adquisición mediante la transcripción. Casación de Nápoles, Sent. 17 de Junio de 1878. Bettini, XXX, 1, 1, 1225.

(2) Confr. Meyer, *Quest. transit.*, p. 25. — Merlín, *Effet rétroactif*, sección 3.ª, § 3.º, art. 2.º — Gabba, obra citada ya, vol. IV, p. 39. — Bianchi, *Diritto civile*, volumen I, núm. 111. — Borsari, *Commentario al Codice civile*, § 21.

313. Algunos escritores, y entre éstos principalmente Lassalle, han opinado lo contrario, sosteniendo que cuando la única razón que impida al individuo hacer valer una relación jurídica fuese la falta de las formalidades exigidas bajo pena de nulidad, cesando este impedimento con la ley nueva que aboliese la necesidad de dichas formalidades, viene á adquirir su completa fuerza y eficacia la relación jurídica citada.

Esta teoría, sin embargo, no es conciliable con el respeto debido á los derechos adquiridos. Conocida es la regla *quod ab initio vitiosum est, non potes tractu temporis convalescere*, y además tampoco puede desconocerse que los contrayentes, en el mismo momento en que concluye su respectiva convención, adquieren el derecho de hacer declarar la validez ó invalidez de la misma con arreglo á la legislación del tiempo del contrato, y por lo tanto, no puede ser menoscabado ese derecho por una ley posterior sin incurrir ésta en injusta retroactividad, á cuya ley posterior no pudieron éstos realmente referirse.

Así como constituiría una injusta violación de los derechos contractuales el que se anulara en virtud de las disposiciones introducidas por una ley posterior un acto en cuya celebración se hubieren observado todas las formalidades exigidas por la legislación vigente á la sazón, lo sería del mismo modo si un acto originariamente nulo por defecto de forma pudiera ser considerado eficaz á espaldas de las partes, por el solo hecho de haber promulgado después una ley nueva que hubiere abolido la necesidad de determinados requisitos de forma.

El derecho adquirido por las partes para hacer valer la nulidad de la relación contractual fundándose en la legislación del tiempo del contrato, no sería ciertamente violado menos en este caso que en aquel en que se quisiere sostener su validez.

Puede solamente admitirse que si la ley posterior sujetase á nuevas formalidades los actos y los contratos anteriormente hechos para la conservación de los derechos adquiridos me-

diante ellos, sería indispensable el cumplimiento y la observancia de las disposiciones de la ley nueva para todos los efectos apreciados por ella.

314. Esto debe decirse, por ejemplo, de una ley nueva que sometiese á la necesidad de la transcripción á todos los actos traslativos de la propiedad para reputar eficaces contra terceros los derechos reales sobre inmuebles transmitidos por el enajenante al adquirente. Aun cuando reconocemos en principio que siempre los derechos reales sobre inmuebles adquiridos con arreglo á la legislación anterior, deben ser reputados eficaces cuando se han observado todas las formalidades exigidas por la ley antigua para la transferencia de dichos derechos, debe, sin embargo, admitirse que el legislador puede, sin dar á la ley autoridad retroactiva, sujetar ciertos actos á las reglas establecidas por la nueva legislación para estimarlos eficaces en cuanto á terceros, y en este caso convendrá atenerse á lo que disponga la ley transitoria.

Conforme con este principio, el legislador italiano dispuso en el art. 34 de la ley transitoria para la aplicación del Código civil, que la demanda para la revocación, rescisión ó resolución de un contrato debía ser transcrita dentro del término de un mes, á contar desde el día en que la misma hubiere sido entablada, para que pudiera producir sus efectos respecto de las terceras personas que hubiesen adquirido después de la demanda algún derecho sobre el mismo inmueble objeto del contrato, cuya revocación, rescisión ó resolución se solicitará, aun cuando no fuera necesaria la formalidad de la transcripción, según las leyes anteriores bajo las cuales se hubiere celebrado el contrato.

Cuando nada se hubiere dispuesto sobre esto en la ley transitoria, preciso será considerar como regla en dicho caso el principio de que los efectos de los actos ejecutados bajo el imperio de la legislación anterior deben ser regidos por la misma, no sólo en cuanto se refieren á las partes entre sí, sino también respecto de terceros, y para determinar las formali-

dades necesarias para que los mismos puedan producir todos los efectos atribuídos por la ley.

315. Una duda podría surgir, sin embargo, en cuanto á esto en el caso de que el acto traslativo de la propiedad ó de algún derecho real hubiese tenido lugar bajo el imperio de la legislación antigua y que las formalidades establecidas por ésta, para que dicho acto sea eficaz en cuanto á tercero, no hubiesen sido aún cumplidas al tiempo de la promulgación de la ley nueva. En estas circunstancias no se podría en rigor sostener que cuando la nueva ley hubiese impuesto algún requisito de forma, como, por ejemplo, la necesidad de la transcripción, y la antigua exigiese otra formalidad distinta, hubiera de producir el acto todos sus efectos respecto á terceros, si la parte interesada hubiere cumplido, después de haber empezado á regir la ley nueva, aquello que disponía la antigua y no hubiese observado todas las formalidades de la transcripción según la ley nueva.

Basta, en efecto, tener en cuenta que cuando la parte hubiese llenado ya todas las formalidades antes de la publicación de la ley nueva, y observando dichas formalidades con arreglo á la legislación antes en vigor hubiese adquirido derechos respecto al enajenante y en cuanto á terceros, no podría desconocerse ni prescindirse en dicho caso de todo aquello que hubiera quedado ya terminado con anterioridad al momento en que hubiere comenzado á regir la ley nueva y todos los efectos derivados del acto ejecutado en esa forma con relación á terceras personas, á menos de vulnerar los derechos adquiridos, dando á la ley autoridad retroactiva. Pero cuando las diversas formalidades exigidas por la legislación antigua no resultaren cumplidas ya, y en el momento en que se intente hacer eficaz el acto ó contrato estuviere en vigor una ley nueva que imponga determinadas formalidades nuevas, como la de la transcripción citada, es necesario que las partes observen y cumplan cuanto dicha ley disponga.

No podría, pues, el interesado pretender oponerse á ello

alegando haber adquirido antes el derecho que el acto ejecutado por él hubiera de surtir todos sus efectos en armonía con lo establecido por la legislación antigua, si no hubiese cumplido cuanto la misma ordenaba acerca de las formalidades necesarias para la eficacia de dicho acto con respecto á tercero, ni podría tampoco sostener haber adquirido el derecho de ajustarse á la ley antigua para lo relativo á dichas formalidades, si en el momento en que él intentase hacer aquello por cuyo medio ha de convertirse en eficaz el acto ejecutado, estuviere en vigor una ley nueva que subordinase todos los efectos del mismo á nuevas formalidades indispensables, como pueden ser la de la transcripción del acto tantas veces citada, la de la inscripción en los libros públicos y algunas otras semejantes.

316. Creemos, por otra parte, oportuno hacer notar que no podría jamás ser negado á todos los interesados el derecho de aprovecharse de las disposiciones de la ley nueva, y cumpliendo para ello las formalidades prescritas por la misma, aun cuando no estuviesen obligados á hacerlo, obtener todas las consecuencias favorables para los mismos con arreglo á dicha ley. Un ejemplo de ello tendríamos fijándonos en la posesión de aquellos que tenían adquiridos en Italia derechos sobre inmuebles existentes antes de la publicación del nuevo Código. Respecto de todos los actos ejecutados y perfeccionados bajo el imperio de las leyes anteriores, se debe naturalmente tener en cuenta dichas leyes para decidir con arreglo á ellas si era necesaria la transcripción y cómo podía aprovechar la que hubiere sido hecha á aquel que la hubiere llevado á cabo ó que pudiera tener interés en el acto transcrito.

Sin embargo, aquellos que no se hallaban obligados á transcribir el título de adquisición anterior al Código civil vigente en dicho país y que á pesar de ello hubieren transcrito sus respectivos títulos, han podido, según los casos, gozar de los beneficios de la nueva ley en cuanto á determinados efectos eventuales, que según la misma pueden derivarse de la transcripción. Así, por ejemplo, han podido gozar de la dispo-

sición del art. 2137 de dicho Código, el cual establece «que adquirido de buena fe un inmueble en virtud de un título que haya sido debidamente transcrito, y que no sea nulo por algún defecto de forma, corre en su favor la prescripción por el transcurso de diez años, á contar desde la fecha de la transcripción.» Resulta, pues, bien claro que los adquirentes que hubieren obtenido su derecho bajo el imperio de las leyes anteriores, y que á pesar de no estar obligados á transcribir su título de adquisición, lo hayan transcrito sin embargo, han adquirido por este medio el derecho de utilizar en su favor la prescripción breve de diez años en vez de la de treinta años, con arreglo á las condiciones establecidas por el citado artículo de la ley nueva.

Esto se deriva del principio general, consignado ya en otra ocasión, de que todo acto jurídico, terminado bajo el imperio de la legislación vigente, debe ser regido por ella en cuanto á todas las consecuencias jurídicas que el mismo pueda producir, aun cuando éstas se refieran á una relación contractual llevada á cabo bajo las leyes anteriores, no pudiendo admitirse de ningún modo limitación alguna al derecho que por virtud de dicho principio corresponde para aprovecharse de las disposiciones de la nueva ley, salvo el caso de que la otra parte haya adquirido por la legislación anterior el derecho perfecto de impedir al que con ella hubiere contratado la ejecución de aquellos actos de que podría provenir en su consecuencia la aplicación de la ley nueva y el goce de las ventajas que de la misma pudieran ser deducidas.

317. Pasando ahora á ocuparnos de la prueba, debemos indicar, ante todo, que es indudable que los medios para conseguir y constituir la prueba, tienen que ser regidos por la ley bajo cuyo imperio hubiere sido adquirido el derecho que ha de ser probado. En efecto, dichos medios de prueba son uno de los elementos para la adquisición del derecho, y no pueden depender, por lo tanto, más que de la ley que estuviere vigente cuando tuvo vida el derecho. En cuanto á esto, inútil nos

parece toda disertación, puesto que de acuerdo con lo expuesto están la doctrina y la jurisprudencia (1).

Por lo tanto, si la ley nueva modificase la eficacia de determinados medios probatorios que antes fueran eficaces para demostrar la existencia de los derechos precedentemente adquiridos, deberían en todo caso considerarse eficaces para dicho efecto los medios de prueba admitidos por la legislación bajo cuyo imperio fué adquirido el derecho. En conformidad con esta regla, tratándose, por ejemplo, de una convención llevada á cabo bajo la legislación anterior, que supongamos no imponía limitación alguna á la prueba testifical y que considerase suficiente dicha prueba cuando fuera semiplena, sin autorizar al Juez para ordenar de oficio el juramento supletorio del demandado, pero sí para deferir al del actor, como sucede en la legislación austriaca, sería necesario en este caso atenerse precisamente á la ley antigua para formar juicio acerca de la admisibilidad ó inadmisibilidad de la prueba testifical, y para apreciar, después de admitida, los efectos de la misma, aun cuando la ley nueva hubiese limitado la admisibilidad de dicha prueba.

318. ¿Pero cuál será la solución en el supuesto de que la nueva ley hubiese ampliado los medios de prueba? Si dicha ley concediese á quien quiera probar una relación obligatoria determinados medios de prueba que no se hallaban admitidos por la legislación bajo cuyo imperio nació dicha relación, ¿po-

---

(1) Confr. MERLÍN, lugar antes citado, sección 3.ª, § 111, art. 2.º—DEMOLOMBE, vol. I, núm. 54.—BIANCHI, *Dir. civ.*, § 111.—GABBA, obra citada ya, vol. IV, pág. 434.—Casación de Nápoles, sentencia de 28 de Septiembre de 1870 (Chidichimo), *Monitore dei Tribunali*, de Milán, 1871, 828, núm. 10.—Casación de Turín, sentencia de 2 de Mayo de 1872 (Somaini), *Monit. dei Tribunali*, 1872, 527.—Casación de Turín, sentencia de 26 de Julio de 1876, *Monit.*, 1876, 1054.—Id. de Brescea, sentencia de 5 de Diciembre de 1877 (Carini), *Monit.*, 1878, 112.—Id. de Milán, sentencia de 18 de Septiembre de 1884 (Buzzi), *Monitore*, 1884, 1033.

dría negarse á quien quisiera aprovecharse de la nueva disposición legal el valerse de los medios de prueba declarados eficaces por ella para justificar la existencia de la relación obligatoria ó del contrato?

Cuando la ley restringe los medios de prueba sería verdaramente injusto aplicar sus preceptos para excluir aquellos medios probatorios que se hallaban admitidos por la legislación bajo la cual fueron creadas las relaciones jurídicas. La parte, que sabía que podía probar la existencia del derecho adquirido con tales ó cuales medios, no puede ser privada, sin injusta retroactividad, de ejercitar su derecho válidamente adquirido, sometiéndole para ello á las limitaciones de la ley nueva que hubiese restringido los medios de prueba. Por el contrario, cuando la ley posterior amplíe los medios de que lícitamente pueden valerse los que quieran probar la existencia de una relación obligatoria, no debe negarse á éstos el que puedan aprovecharse de dichas disposiciones. En efecto, el fin de la prueba es poner en claro la verdad, y los medios más apropiados para dicho fin sancionados por la ley nueva, no pueden ser eludidos por aquéllos en cuya contra se hayan utilizado. Dichos medios están realmente dentro del criterio y del poder del legislador, y no podría admitirse derecho alguno contra éste para oponerse á las nuevas disposiciones del mismo que hubiesen enmendado y perfeccionado el sistema de las pruebas, alegando como fundamento de ello la falta de dichas disposiciones en la legislación anterior, bajo cuyo imperio nació la obligación ó el vínculo obligatorio, porque, según heeedi tpor som en varias ocasiones, la falta de una disposición legal no puede nunca ser fundamento de un derecho adquirido.

Entiéndase bien que la regla que hemos consignado es aplicable á los verdaderos, y propiamente dicho, medios de prueba, es decir, á aquellos que son exigidos para probar una obligación jurídicamente existente, pero no á aquellos que son establecidos *ad solemnitatem* ó para acreditar la existencia ju-

rídica de la relación ó vínculo obligatorio, respecto de los cuales nos remitimos á lo que ha sido dicho antes.

Haciendo aplicación de nuestra regla, se puede también deducir que en el supuesto de que se promoviere contienda bajo el imperio de una ley nueva sobre un contrato ó relación contractual celebrado con arreglo á la legislación anterior, no puede en dicho caso negarse al Magistrado ó Tribunal que hubiera de fallarla el valerse de las disposiciones de aquella ley, por cuya virtud podrían ordenarse los nuevos medios de prueba admitidos por la misma, á fin de esclarecer los hechos relacionados con el contrato ó con la relación contractual en cuestión. La admisibilidad de los medios de prueba de una convención debe ser apreciada con arreglo á la ley del tiempo en que dicha convención fué llevada á cabo; pero sería un verdadero contrasentido jurídico el admitir que las leyes anteriores pueden inmovilizar el sistema probatorio, y que para esclarecer y acreditar los hechos relativos á las relaciones contractuales celebradas bajo el imperio de las leyes anteriores, pudiera ser prohibido el que las partes utilizaran los medios idóne s, másmás perfectos y más seguros establecidos por la ley nueva, á pesar de que de la justificación y esclarecimiento de tales hechos pueden derivarse con arreglo á la misma ley relaciones contractuales.

319. Consecuencia de estos principios es que si la ley nueva admitiese reglas distintas de interpretación para las relaciones obligatorias provenientes de ciertos actos, es decir, si estableciese mejores criterios de presunción acerca de la voluntad de las partes, podrían aprovecharse de sus disposiciones las partes y los Tribunales aun para la prueba de los actos realizados bajo las leyes anteriores; pero sin olvidar por esto la regla general de que la admisibilidad de las presunciones legales y la fuerza de las mismas en cuanto al establecimiento de la existencia de las obligaciones debe depender de la ley vigente en el momento en que hayan sido ejecutados los actos á que se refieren.

La prueba por presunciones humanas se rige por los mismos principios que la prueba testifical, y en su virtud, el Magistrado puede, por lo tanto, valerse de las disposiciones del Código vigente aun respecto de los contratos hechos con arreglo á las abolidas legislaciones anteriores, á pesar de que la ley nueva haya cambiado de criterio en cuanto á dicho medio probatorio.

§ 3.°

Aplicación de los principios á los contratos especiales y á los cuasi-contratos.

320. Es indudable que las convenciones matrimoniales deben ser regidas por la legislación que estuviere en vigor al tiempo de llevarse á cabo las mismas; pero, sin embargo, pueden surgir algunas dudas en la aplicación de dicha regla, por la consideración de que los derechos concedidos en ellas no nacen hasta el momento del matrimonio, toda vez que dichas

convenciones son estipuladas en contemplación al mismo. Esto sentado, pudiendo cambiar la legislación en el tiempo intermedio entre la conclusión de las convenciones matrimoniales y la celebración del matrimonio, cabe dudar acerca de cuál sea el momento preciso en que deba considerarse perfeccionado el contrato, y por lo tanto, de cuál sea la legislación aplicable.

321. Considerado en sí mismo el contrato como título de las relaciones patrimoniales de los cónyuges, parece evidente que la manifestación de la voluntad de las partes viene á quedar perfecta en el momento en que ha sido otorgado ó recibido por el funcionario competente y ha sido suscrito por los contrayentes. De aquí que si la duda versase sobre la intención de las partes y el valor de ciertas cláusulas del contrato, sería necesario referirse á la ley del tiempo en que fué redactada la convención más bien que á la del tiempo de la celebración del matrimonio. La ley entonces vigente tendría siempre valor como ley declarativa, puesto que no puede admitirse que las partes se hubiesen referido á otra legislación distinta de aquella bajo cuyo imperio manifestaron su voluntad. Para decidir, pues, si la constitución de dote expresada en términos generales de todos los bienes de la mujer, comprende ó no los bienes futuros; para decidir si la dote constituída únicamente por el padre ó por la madre debe estimarse ó no hecha por partes iguales con bienes de uno y otro ó de distinto modo, etc., será decisiva la ley del tiempo de la redacción de los pactos nupciales.

La regla expuesta puede también ser aplicada si se tratase de ampliar ó completar las convenciones escritas con las disposiciones de la ley á que se hubieran referido las partes. Siempre que dichas disposiciones no sean contrarias á la legislación vigente en el momento del matrimonio ni deroguen los derechos concedidos por ésta á uno ú otro de los cónyuges, podrán ser útilmente invocadas para completar las estipulaciones escritas en todo lo que no hubiere sido expresamente

consignado en las mismas, en virtud del principio general de que para todo aquello que está en la facultad de las partes estipular y para lo que se hubieren referido á la ley, viene á ser ésta como parte integrante del acto escrito, y lo dispuesto por la misma tiene igual valor que si los otorgantes lo hubiesen escrito y firmado.

322. El contenido, pues, de las convenciones relativas á las relaciones patrimoniales de los cónyuges está sometido por completo á la ley del tiempo del matrimonio aunque sean de fecha anterior, porque las convenciones hechas en contemplación á la futura unión matrimonial no vienen á quedar perfectas hasta el momento en que es celebrado el matrimonio y, por lo tanto, no pueden ser válidas y eficaces más que con arreglo á los términos de la legislación que estuviese entonces en vigor. En su consecuencia, si la ley anterior permitiese á las partes contrayentes consignar sus pactos nupciales en documento privado ó hacer declaraciones eficaces en contrario en una forma distinta de la establecida por la ley del tiempo del matrimonio ó modificar las convenciones matrimoniales después de la celebración del matrimouio, tales disposiciones quedarían ineficaces si la ley vigente al tiempo de celebrarse éste dispusiera lo contrario, porque por la última de dichas leyes es por la que deben regularse, en cuanto á lo sustancial, los derechos de los cónyuges.

223. ¿Pero qué solución es la que debe darse en el caso de que la ley del tiempo del matrimonio permitiera á los cónyuges cambiar de cualquier modo las convenciones matrimoniales después de la celebración del matrimonio, y una ley posterior prohibiese toda especie de modificación de los mismos?

Indudable nos parece que el derecho adquirido por los cónyuges de modificar, constante matrimonio, sus convenciones matrimoniales, no puede ser quitado en absoluto por una ley nueva. Si los cónyuges, en uso de su derecho, no proveyeron de una manera definitiva á regular sus respectivas relaciones patrimoniales, debe entenderse que lo hicieron así

porque sabían que podían aprovecharse de la facultad concedida por la ley para proveer sobre lo sucesivo, y en su virtud, sería una injusta violación del derecho creado si hubiera de ser declarado inmutable el contrato por ellos celebrado por el hecho de haberse dictado nuevas disposiciones legales contrarias en este punto á la anterior legislación.

Debe, sin embargo, admitirse que el legislador puede, sin injusta retroactividad, señalar un término para las modificaciones que se quisieran hacer en las convenciones matrimoniales establecidas bajo la legislación anterior, declarando inmutables las que no hubieren sido modificadas en el término fijado por la misma, porque, según hemos dicho en distintas ocasiones, el legislador puede subordinar á determinadas condiciones el ejercicio de los derechos adquiridos con anterioridad.

Salvando, pues, esta reserva que queda hecha, la regla general en todos los demás casos es que en materia contractual los derechos y obligaciones de los contrayentes se rigen por la ley vigente en la época del contrato, cuya regla es aplicable á todas las relaciones patrimoniales de los cónyuges, y principalmente á la constitución de la dote (1).

324. Los mismos principios y la misma regla sirven para establecer el derecho á percibir la dote, y, por lo tanto, si la hija tenía derecho á ser dotada por el padre, por la madre ó por el abuelo, según la legislación del tiempo del matrimonio, este derecho deberá ser reconocido en conformidad á dicha legislación, aunque en el momento en que se haga valer el mismo esté en vigor el Código nuevo, que no reconoce en adelante este derecho á las hijas.

---

(1) Conf. Casación de Nápoles. Sent. 7 de Septiembre de 1874 (Sigilli-Persico).—BETTINI, XXVII, 1, 15; y la de 9 de Noviembre de 1875 (Cafiero). Ley 16, 1, 50.—Casación de Turín, 9 de Febrero de 1871 (Levi). *Anales*, V, 1, 217.—Id. de Milán, 14 de Abril de 1871 (Ravizzoli). *Gaceta genovesa*, XXIII, 1, 635.—Id. de Nápoles, 30 de Abril de 1871 (Somma). Ley 11, 1, 1099.

Existen, sin embargo, algunas resoluciones en contrario, entre ellas una de la corte de Macerata, la cual, fundándose en el erróneo concepto de que lòs derechos concedidos por las leyes no pueden ejercitarse después de haberse dictado una ley nueva que los haya abolido, declara que el derecho á la dote no podrá hacerse valer después de la promulgación del Código civil italiano, á pesar de que hubiere quedado terminado bajo el imperio de la legislación antigua el hecho del matrimonio, del cual hacía nacer la misma ese derecho (1).

Para convencerse del error de la doctrina sentada en dicha sentencia basta observar que la única condición que según las anteriores leyes perfeccionaba el derecho de las hijas á ser dotadas, era la de que se verificase el matrimonio, y, por lo tanto, celebrado este hecho adquisitivo antes de que estuviese en vigor el Código, quedó perfecto dicho derecho, y no puede ser desconocido, aunque en el momento en que se haga valer rija una legislación distinta.

325. Debemos, no obstante, advertir que la regla antes consignada de que todas las cuestiones relativas á los derechos patrimoniales adquiridos por los cónyuges con el hecho del matrimonio deben ser resueltas con arreglo á la legislación del tiempo de la celebración del mismo, no puede ser aplicada de tal modo que haya de sujetar también en absoluto á dicha legislación todas las cuestiones referentes á los derechos que hayan de tener por objeto el patrimonio perteneciente á uno de los cónyuges ó al otro.

Los derechos respecto de los que sea el hecho del matrimonio el acto adquisitivo y que vienen, por lo tanto, á quedar perfectos con la celebración de éste, serán regidos por la legislación que entonces estuviere vigente, y no pueden ser desconocidos por la publicación de una ley nueva; pero los derechos patrimoniales que pueden adquirirse mediante el ejerci-

(1) Sent. de 25 de Junio de 1874 (Conforti). *Anales de Jurisprudencia,* VIII, 2, 361.

cio de los derechos nacidos del matrimonio, ó que para ser perfeccionados necesitan que tenga lugar algún hecho posterior, no dependen de la legislación del tiempo del matrimonio, sino de la que estuviere en vigor en el momento en que deban adquirirse dichos derechos ó en que tenga lugar el hecho exigido para su perfeccionamiento, como ocurre, por ejemplo, con los derechos sucesorios de los cónyuges, los cuales dependen de la ley vigente al tiempo del fallecimiento.

Haciendo aplicación de estos principios, hay que reconocer que debe ser aplicada la ley del tiempo del matrimonio para decidir si el régimen de bienes de los cónyuges es el de la dote ó el de la comunidad de los mismos, y si á falta del contrato de matrimonio debe admitirse la comunidad de hecho ó la separación de bienes, etc., etc., pues todas estas cuestiones dependen de la indicada legislación. También debe decidirse por dicha ley la cuestión del lucro dotal pactado y del debido por ministerio de la ley, pues éste hay que considerarle igualmente como un derecho adquirido por el hecho del matrimonio, aun cuando fuese concedido por una ley anterior y contraria á la que estuviere en vigor al tiempo de ser reclamado dicho lucro dotal. En su consecuencia, el que fuese debido al marido con arreglo á las Constituciones de 1771 por causa de matrimonio celebrado bajo el imperio de dichas Constituciones, que consistía en el usufructo de todo el caudal dotal asignado á la mujer premuerta si no existían hijos de anteriores matrimonios, ha sido siempre reconocido á pesar de la promulgación del Código civil italiano, porque éste en realidad no ha abolido la institución del lucro dotal ni ha desconocido ni negado la eficacia del constituído por la ley bajo el imperio de las legislaciones precedentes, y, por lo tanto, era razonable que dicho derecho fuera regulado en conformidad con las disposiciones de la legislación imperante en el momento del hecho adquisitivo (1).

(1) Según las leyes pontificias, abolidas por la publicación del Código civil italiano, el lucro dotal constituía también un verdadero derecho creado á

Por el contrario; si el matrimonio hubiese quedado celebrado bajo las leyes pontificias que permitían aumentar la dote durante el matrimonio ó transformar su naturaleza, no podría aprovecharse de esa facultad, después de la promulgación del Código civil italiano, el marido que quisiese hacer uso de ella, aunque el matrimonio hubiera quedado perfecto antes de publicarse dicho Código. Igualmente, si el marido, previa autorización judicial, hubiere adquirido con dinero extradotal ciertos bienes declarándolos dotales, esto no podría valer ciertamente para considerar como dotales é inalienables dichos bienes si hubieren sido adquiridos después de la promulgación de la nueva legislación italiana.

De este modo deben resolverse las cuestiones semejantes. Asi, por ejemplo, el derecho de hacer donaciones durante el matrimonio al otro cónyuge, si no fuese ejercitado dicho derecho antes de la promulgación de la ley nueva, deberá ser regido por ésta. La responsabilidad del marido por la venta de los bienes parafernales, admitida bajo el imperio de las leyes civiles napolitanas de 1819, no podría tampoco tener lugar si la venta hubiere sido llevada á cabo después de estar en vigor el Código civil italiano; y lo mismo podríamos decir de otros casos análogos.

326. En cuanto á la separación de la dote que en ciertos casos puede ser pedida, entendemos que el derecho á reclamar

---

favor del marido desde el día mismo del contrato, y era considerado como una donación con causa del matrimonio que por su índole era regulada por reglas especiales á fin de conseguir el objeto para que era admitido dicho derecho. Nadie duda que respecto de los matrimonios contraídos bajo el imperio de la legislación pontificia antes de la promulgación del referido Código, debe ser regido por dicha legislación el derecho al lucro dotal perteneciente al marido supérstite. En su virtud, aunque la muerte de la mujer hubiese ocurrido estando ya vigentes las nuevas leyes, los hijos procreados por ella no podrían hacer valer los derechos sucesorios sobre la dote de la misma, conforme á la legislación del tiempo de la muerte, más que subordinándose á lo dispuesto en la legislación pontificia acerca del lucro, el cual, como derecho creado y perfecto bajo el imperio de la misma, debe ser regulado por ella.

dicha separación debe ser regido por la ley del tiempo del matrimonio, lo mismo que la restitución de la dote y el destino que debe darse á los fondos dotales á la disolución de la sociedad conyugal.

Sin embargo, la demanda de separación de la dote puede fundarse en la disposición de la ley nueva que hubiese establecido cualquiera causa nueva como fundamento de dicha acción, por la razón de que cuando una ley provee á regular la condición de las cosas en consideración á la condición misma, debe ser aplicada desde luego si los hechos que le dan origen tuvieren lugar después de haber empezado á regir dicha ley. Esta deberá aplicarse también para regular los efectos de la separación de la dote, aunque el matrimonio hubiese sido celebrado bajo el imperio de una legislación distinta.

327. Para todo lo relativo á la enajenabilidad ó inalienabilidad de los bienes dotales, es menester observar que estas cuestiones no pueden verdaderamente considerarse como una cuestión de personalidad, ni sujetarlas por lo tanto en dicho concepto á la ley nueva, según hemos dicho respecto de la capacidad para enajenar los bienes inmuebles no dotales con ó sin autorización del marido. La capacidad de la mujer para ejecutar ciertos actos relativos á los bienes inmuebles, está regida, sí, por los principios antes expuestos acerca de la capacidad y relaciones personales de los cónyuges, pero la validez de los actos relacionados con dichos bienes cuando se funda en las relaciones patrimoniales establecidas en el contrato de matrimonio, debe ser resuelta según la ley del tiempo de su celebración.

La razón de ello consiste en que el régimen de bienes establecido en el contrato y en la legislación vigente á la celebración del matrimonio, debe ser siempre reconocido y respetado, y no puede ser modificado por el hecho de haber sido publicada después una legislación distinta. Debe, en efecto, considerarse dicho régimen como un elemento integrante de la sociedad conyugal, porque cualquiera que éste sea, tiene siempre que

considerársele como ordenado por el legislador para conservar dicha sociedad y para asegurar á aquellos que se unen en matrimonio y á la familia creada por ellos todas las ventajas, todas las garantías y la protección tutelar que se han reputado necesarias para mantener á la sociedad misma y á las personas que la forman en la situación patrimonial establecida como uno de los elementos de la sociedad.

El cambiar, pues, el régimen patrimonial en armonía con la nueva legislación, promulgada después de constituída la sociedad conyugal, conduciría á modificar el pasado en vez de proveer para lo porvenir, dando así á la ley citada autoridad retroactiva. Es evidente, pues, que cuando la ley del tiempo del matrimonio conceda á la mujer el derecho de enajenar y de hipotecar los bienes dotales, y sobre dicha base hubiese sido constituída la dote, ó cuando en el régimen de la comunidad tuviese el marido el derecho de disponer en ciertos casos de los bienes comunes, y sobre esa base se hubiese establecido entre los cónyuges el régimen de la comunión, estas relaciones patrimoniales no podrán ser modificadas por la promulgación de ninguna ley nueva, á menos de conceder á ésta autoridad sobre lo pasado.

Conviene distinguir, por lo tanto, cuidadosamente en esta materia las cuestiones pertenecientes al régimen patrimonial de las que hacen relación al patrimonio. Las primeras deben ser regidas por la legislación que fijó y estableció el régimen citado, la cual debe ser considerada por esta razón como la legislación patrimonial; y las segundas pueden depender del modo de considerar la ley la sumisión de la mujer al marido y las relaciones personales de los cónyuges, cuyas cuestiones, como todas las referentes á la capacidad, deben ser resueltas por las reglas que en el lugar correspondiente hemos expuesto (1).

---

(1) Conf. Casación de Turín. Sent. 11 de Mayo de 1882.—Predieri, *La Cassazione*, año 1882, 1, 377.

328. Pasemos á ocuparnos ahora del contrato de compraventa.

A la compraventa deben ser aplicados los principios generales relativos á todos los contratos, y, por lo tanto, debe regularse por la legislación vigente al tiempo en que fué terminado dicho contrato, todo lo relativo al contenido del mismo, á la naturaleza y extensión de los derechos y obligaciones pertenecientes al vendedor y al comprador, y á la naturaleza é índole jurídica del mismo contrato.

En su consecuencia, debe decidirse con arreglo á dicha legislación si el contrato de venta hecha en una forma determinada puede ó no considerarse realizada *in fraudem legis*, si debe ó no ser declarado nulo por este motivo, y por último, cuáles puedan ser las consecuencias jurídicas de la simulación si la hubiere en la celebración de dicho contrato. La ley nueva que hubiere declarado nula por el vicio de simulación la venta hecha en dicha forma, ó que hubiere cualificado como contrato pignoraticio la venta celebrada con determinados pactos, no podrá ser aplicable á las ventas realizadas con anterioridad si la legislación entonces vigente disponía otra cosa distinta.

Aun en el caso de que la venta hubiese sido hecha bajo condición suspensiva ó resolutoria, debería aplicarse la ley del tiempo en que el contrato fué perfeccionado mejor que la que estuviere en vigor cuando fuere cumplida la condición, pues la condición cumplida retrotrae sus efectos al momento en que se consintió la venta, confirmando la adquisición *ex tunc* si dicha condición es suspensiva, y resolviendo, por el contrario, la venta ya perfeccionada desde el momento en que se celebró el contrato si fuese resolutoria.

329. La regla indicada debe servir también para cualquier pacto agregado, y, por lo tanto, habrá de hacerse aplicación de ella y estarse en su virtud á la ley del tiempo del contrato para decidir si el pacto de volver á comprar la cosa vendida, ó sea el pacto de retro, estipulado en el contrato de venta, puede

ó no ser válidamente convenido y cuál sea su naturaleza; así como para resolver si este pacto puede ser considerado como una condición resolutoria en el caso de que el derecho de retraer sea ejercitable en determinado tiempo, ó si debe, por el contrario, considerársele como una forma de contrato pignoraticio, cuando ese derecho sea ejercitable por tiempo indeterminado, como sucedía en el Derecho romano que admitía el pacto de *retrovendendo* sin término fijo.

Por la misma legislación del tiempo del contrato debe también decidirse cuanto concierne á las condiciones para el reconocimiento ó decaimiento de dicho derecho. En su virtud, si según la ley entonces vigente tenía el vendedor con pacto de retro el derecho de exigir una prórroga para retraer, como se establece en el art. 1666 del Código Albertino, no podría considerársele privado de este derecho por la promulgación del Código civil italiano, cuyo art. 1517 declara perentorio é improrrogable el término para el ejercicio del rescate ó retro convencional, toda vez que las disposiciones del citado Código no son aplicables á las ventas terminadas bajo el imperio de las leyes anteriores.

Esto no obstante, también tiene aplicación al retro convencional sujeto á las leyes anteriores la regla de que la ley nueva puede someter á nuevas condiciones el ejercicio de los derechos adquiridos con anterioridad á ella.

Supongamos, pues, por vía de ejemplo, que la ley nueva haya sancionado una disposición conforme á la que se encuentra en el Código civil italiano acerca del término útil para ejercitar el derecho de retraer en el retro convencional, cuyo artículo 1516 dispone lo siguiente: «El derecho de retro no puede estipularse por un tiempo mayor de cinco años. Cuando fuese estipulado por un tiempo mayor, se reduce al término antes dicho.»

Esto sentado, nos parece fuera de toda duda que tal disposición, por la cual queda reducido á cinco años el término para el ejercicio del derecho de retro aun cuando hubiere sido

pactado por más tiempo, debe ser aplicada aun á los pactos de retro convenidos en un contrato de venta terminado bajo la antigua legislación que disponía lo contrario. Basta, en efecto, para convencerse de ello, considerar que si bien ninguna ley puede modificar la naturaleza de los pactos celebrados bajo el imperio de las leyes anteriores ni desconocer, en su consecuencia, el derecho de retro adquirido con arreglo á las mismas bajo las condiciones por ellas establecidas, el legislador puede, sin embargo, sujetar á sus preceptos, por razones de orden general é interés social, el ejercicio de los derechos adquiridos; y por lo tanto, si para hacer más estable el dominio y la propiedad ha dispuesto el legislador que el derecho de retraer los bienes vendidos con dicho pacto haya de ser ejercitado en el término de cinco años, y que deba ser reducido á dicho plazo todo el que hubiere sido estipulado por un tiempo mayor, no puede negarse que tal disposición relativa al ejercicio del indicado derecho debe ser aplicada aun respecto de los derechos adquiridos bajo el imperio de la legislación antigua. Debe, pues, resolverse siempre con arreglo á la legislación del tiempo del contrato si debe ó no admitirse el derecho de retro, y si deben ó no estimarse cumplidas las condiciones necesarias para considerarle como un derecho adquirido; pero el ejercicio de dicho derecho tiene que ser sometido á la ley vigente en el momento en que se hace uso de él.

Este principio debe regir también para todo lo relativo á la conservación de los derechos pertenecientes al vendedor, y nos referimos á lo que antes hemos dicho acerca de la transcripción.

330. La ejecución ó cumplimiento de la venta puede ser regulada por las disposiciones de la ley nueva si ésta hubiere tenido publicación antes que el contrato, hecho con anterioridad, hubiese sido cumplido.

Esta regla debe ser aplicada, además, á cuanto concierne al modo de la ejecución ó cumplimiento del contrato; pero los derechos que pueden derivarse de la ejecución ó inejecución,

como forman parte de las relaciones contractuales, deben ser regidos en tal concepto por la ley del tiempo del contrato. En su consecuencia, si según dicha ley el incumplimiento de las obligaciones contractuales derivadas de la venta diera lugar sólo á una acción personal sin derecho para pedir la resolución del contrato ó la restitución de la cosa vendida, excepto en el caso de pacto expreso (como sucedía en el Derecho romano), el vendedor que hubiese vendido á crédito y no hubiese sido satisfecho del precio, no podría aprovecharse de las disposiciones de la ley nueva que, á semejanza del Código italiano, hubiese sancionado el principio de la resolución del crédito en caso de incumplimiento por alguna de las partes en virtud de la condición resolutoria tácita que se presume en todos los contratos sinalagmáticos (art. 1165 de dicho Código). Estableciéndose en la legislación del tiempo del contrato que no pueda ser demandada la restitución de la cosa vendida en caso de incumplimiento por parte del otro contratante más que en virtud del pacto expreso, llamado *lex commisoria*, no podrían cambiarse estas relaciones contractuales por el hecho de haber sido publicada una ley nueva, á menos de dar á ésta una injusta retroactividad.

La ley vigente en el momento de la ejecución ó cumplimiento del contrato, puede tener influjo cuando se trate de decidir acerca de la forma de la consignación ó de la necesidad de la tradición, la cual puede no ser indispensable si la nueva ley hubiese declarado que no era necesario dicho requisito.

Del mismo modo, si la nueva ley declarase fuera del comercio las cosas vendidas antes de que hubiese sido consignada tal disposición, ésta sería un obstáculo insuperable para la ejecución ó cumplimiento de la venta, y haría ineficaz el contrato, excepto en la obligación de restituir el precio recibido.

Igualmente, si la ley nueva alterase lo dispuesto acerca de la oferta real de la cosa vendida y al modo de efectuarla, deberán aplicarse las disposiciones de dicha ley, vigente en el momento en que la oferta y el depósito tuvieren lugar, para

todas las consecuencias que de dichos actos pueden derivarse, mucho mejor que la del tiempo en que fué hecha la venta.

331. Para las cuestiones de derecho transitorio relativas á la resolución del contrato de venta, conviene recordar los principios generales expuestos antes sobre resolución de los contratos en general.

Cuando la demanda de resolución se fundase en el título de la lesión enorme, debe ser juzgada con arreglo á la legislación del tiempo del contrato y no por la que estuviere en vigor á la interposición de la demanda, como algunos creen (1). La razón de ello consiste en que el derecho de demandar dicha resolución, en los casos en que sea admisible tal demanda según la ley del tiempo del contrato, forma parte de los derechos contractuales y es un derecho perfecto adquirido en el momento mismo en que se perfecciona el contrato. En su virtud, se debe resolver por dicha ley la cuestión de si la rescisión por lesión es ó no admisible en favor sólo del vendedor ó en su favor y en el del comprador (2), y cuáles sean los extremos en que puede fundarse la demanda, así como si ésta está ó no sujeta á reglas diversas respecto de los menores, y cuáles sean los derechos de la parte contraria; y, por último, cuándo debe considerarse extinguida dicha acción.

En aquellos casos en que deba admitirse el derecho de reivindicar la cosa vendida demandando la resolución del contra-

---

(1) MEYER, *Principes sur les quest. trans.*, págs. 18, 85 y 88.

(2) Existe diferencia en este punto entre las diversas legislaciones. Algunas, como el Código italiano (art. 1529), admiten que la acción rescisoria por lesión compete sólo al vendedor de un inmueble que hubiere recibido por él menos de la mitad del justo precio, y lo mismo disponía el Código Albertino (artículos 1679, 1688 y 1712). Otras, por el contrario, conceden igualmente dicha acción al comprador, y no sólo la admiten en la venta de bienes inmuebles, sino también en la de bienes muebles y en cualquier contrato oneroso. Así sucede en la legislación civil austriaca (§ 934), en el Código de Parma (artículos 1490, 1491 y 1522), y en el Código antes citado (artículos 1576, 1577 y 1608).

to, no podrán aplicarse, para decidir acerca de los efectos de la resolución en cuanto á terceros que hubiesen adquirido algún derecho sobre bienes inmuebles, las disposiciones de la ley nueva que hubiere subordinado la eficacia de la demanda respecto de los mismos á ciertas condiciones, como sería, por ejemplo, el requisito de la transcripción de la demanda. La ley nueva podrá solamente hacer obligatoria dicha formalidad para el ejercicio del derecho después de haber empezado á regir, pero sin perjudicar los derechos adquiridos aun respecto de terceros según las leyes anteriores. De tal modo, que si la ley anterior disponía que los efectos de la resolución de la venta en cuanto á terceros que hubieren adquirido algún derecho sobre los bienes inmuebles, se retrotrajesen al momento en que el contrato fué terminado, no se podría limitar dichos efectos en virtud de la ley nueva, en el sentido de que hubieran sólo de tener lugar desde el momento en que hubiese sido transcrita la demanda de resolución.

332. Para todo lo concerniente á la evicción nos parece oportuno hacer constar que también debe decidirse con arreglo á la ley del tiempo del contrato acerca de los efectos de la misma y de la admisibilidad de la demanda, y, por lo tanto, debe aplicarse dicha ley para resolver las cuestiones relacionadas con la naturaleza misma del pacto de no sujetarse á ninguna garantía, y de las consecuencias jurídicas de dicho pacto en cuanto á la obligación perteneciente al vendedor de restituir el precio y de pagar ó no el *id quod interest.*

333. Los principios expuestos pueden servir también para decidir las cuestiones de derecho transitorio acerca de la cesión de créditos, y no es necesario, por lo tanto, detenerse mucho en este punto.

Respecto de la cesión, debe regir también el principio de que si la ley nueva hubiese impuesto nuevas formalidades para la eficacia de los derechos adquiridos por el cesionario contra el deudor del cedente, como, por ejemplo, la necesidad de la notificación, dicha ley debe ser aplicada aun á las cesio-

nes anteriores para que las mismas sean eficaces en perjuicio de terceros á partir de la promulgación de la misma. Pero para todo lo relativo al contenido de la cesión, á la responsabilidad del cedente y á las obligaciones del mismo respecto del cesionario en el caso de insolvencia del deudor, debe aplicarse la ley bajo cuyo imperio hubiere tenido lugar la cesión y no la que estuviere en vigor cuando tiene lugar la insolvencia. De aquí que en el caso de cesión llevada á cabo bajo la legislación pontificia, que por la insolvencia del deudor obligaba al cedente que hubiese garantido el crédito á pagar el importe íntegro del crédito cedido, deberá considerarse á dicho cedente obligado á tal pago, aunque la insolvencia del deudor haya tenido lugar estando ya vigente el Código civil italiano, que limita en dicho caso considerablemente las obligaciones del cedente en su art. 1545.

334. También conviene examinar en este lugar los efectos de la venta sobre la locación. Algunas cuestiones pueden surgir en el supuesto de que la ley vigente al tiempo del contrato de locación y la que estuviere en vigor al realizarse la venta fueran distintas en cuanto á la obligación del comprador de respetar ó no respetar la locación, y del derecho correlativo del locatario de ver ó no respetado su contrato.

Respecto de esto, parece, pues, indudable que todo debe depender de la legislación del tiempo del contrato si la cuestión debiera ser decidida por las relaciones entre el locatario y locador, y de la ley vigente al tiempo de la venta, si, por el contrario, tuviere que decidirse por las relaciones entre el nuevo adquirente y el locatario ó locador.

El fundamento de esta opinión se halla en que el adquirente de un inmueble adquiere con él todos los derechos concedidos por la legislación vigente al tiempo de la adquisición, y por lo tanto, el de respetar ó poner término á la locación del fundo adquirido. En su virtud, si el nuevo adquirente tuviese el derecho de disolver la locación con arreglo á la ley bajo cuyo imperio fué perfeccionada la compraventa, podrá sin di-

ficultad ejercitar ese derecho conforme á dicha ley, cualquiera que sea la disposición que acerca de este particular contuviera la legislación anterior, porque él ejercitaría, al hacerlo así, un derecho propio, derivado de la adquisición realizada, y no un derecho transmitido á él por el vendedor.

Interesa, por otra parte, considerar que las relaciones entre el adquirente y el locatario se establecen con el hecho de la compraventa y bajo el imperio de la legislación vigente al tiempo de la adquisición, no siendo posible, por lo tanto, que dichas relaciones se rijan por las leyes anteriores que estuvieren en vigor cuando fué celebrado el contrato de locación entre el locatario y el locador, á cuyo contrato debe estimarse extraño, bajo todos sus aspectos, el nuevo adquirente.

De lo dicho se deduce que si la venta hubiere quedado terminada bajo el imperio de una legislación que impusiera al comprador la obligación de respetar la locación anterior de la cosa comprada, como sucede en el Código italiano vigente (art. 1597), y en el contrato de compraventa no se hubiese establecido nada acerca de si el comprador quería ó no aprovecharse del derecho de poner término á la locación concedida por la legislación anterior, á pesar de haberse hecho constar que el fundo estaba arrendado, no podría el nuevo adquirente obligar al locatario á desalojar dicho fundo, porque según hemos dicho ya, las relaciones entre el adquirente y el locatario son consecuencia de la compraventa, mediante cuyo contrato fueron adquiridos los derechos derivados de la misma, y por lo tanto, deben ser regidas por la ley vigente en el momento en que tuvo lugar el acto adquisitivo.

Por las mismas consideraciones deben ser regidas por la ley del tiempo del contrato de locación las relaciones entre el locatario y el locador; y en su virtud, en el caso de que dicha ley no autorizara la extinción de la locación por la venta á no mediar pacto expreso y bajo tales condiciones hubiera sido hecha la locación, el locatario requerido para desalojar el fundo arrendado tendrá siempre derecho á obtener del vendedor

el resarcimiento de todo daño pactado por la extinción de la locación, si el nuevo dueño que hubiese adquirido dicho fundo después de estar en vigor la ley nueva, le obligase á abandonar la finca por no haber reservado el locador en el contrato de venta el derecho del locatario ni haber pactado el respeto de la locación constituída con anterioridad.

335. Los principios expuestos hasta aquí y las aplicaciones hechas nos parecen suficientes para resolver también las cuestiones que puedan nacer con ocasión de otros contratos especiales, y no es oportuno ni útil extendernos más en este punto. Sin embargo, hemos de permitirnos una ligera indicación sobre el contrato de constitución de renta.

Para todo lo que concierne á la naturaleza é índole jurídica de este contrato, debe regir la regla general antes consignada; esto es, que debe aplicarse la ley del tiempo del contrato en cuestión para resolver si éste es ó no un verdadero contrato de renta vitalicia, ó una cesión, una donación, ó cualquiera otra clase de contrato aleatorio.

La cuestión principal de derecho transitorio que acerca de dicho contrato ha surgido, se refiere á la resolución del mismo y al rescate de la renta.

En cuanto á la resolución de dicho contrato, debe seguirse también el principio general, y, por lo tanto, tiene que caer igualmente bajo el imperio de la legislación del tiempo del contrato. En su consecuencia, si se hubiese estipulado, por ejemplo, con arreglo al Código civil austriaco, un contrato de renta vitalicia con cláusula resolutoria en el caso de falta de pago de las pensiones vencidas, aquel en cuyo favor hubiere sido constituída la renta vitalicia tendría el derecho de reclamar la resolución del contrato y de recobrar ó ser reembolsado del capital que entregó con dicho objeto, ó de volver á entrar en posesión de la finca vendida en dicha forma, con arreglo al Código austriaco, aunque la falta de pago hubiere tenido lugar estando ya vigente en Italia el Código civil actual. No podría invocarse en contra de esto la aplicación de la ley

vigente en el momento en que se realiza la falta del pago para deducir que de este hecho pueden derivarse las consecuencias establecidas por dicha ley para cuando no fuesen satisfechas las pensiones vencidas, puesto que en virtud del principio general de que la sustancia de un contrato debe ser regida por la legislación del tiempo en que el mismo hubiere sido celebrado, hay que reconocer que no sólo la validez, sino también las causas de resolución del mismo deben ser determinadas y reguladas por la ley, bajo cuyo imperio fué terminado (1).

Por la misma razón, en los contratos de renta constituídos con arreglo á las abolidas leyes napolitanas, no será necesaria la interpelación ó requerimiento para darse lugar al rescate del capital ó de los bienes en caso de no ser satisfechas dos anualidades de la pensión, pues dicho requisito no era exigido por las referidas leyes.

336. Además debe aplicarse también al contrato de renta otra regla que hemos expuesto ya, según la que la resolución del contrato en virtud de una causa nueva, no estimada ó apreciada por la legislación anterior, debe, sin embargo, admitirse si se hubiere pefeccionado bajo el imperio de la ley nueva el hecho al que atribuye dicha ley el ejercicio del derecho de rescate. En su consecuencia, la disposición contenida en el art. 1785 del vigente Código civil italiano, según la que puede ser obligado al rescate el deudor de una renta anual si no pagare dos anualidades consecutivas, será aplicable aun á las prestaciones censales constituídas en contratos celebrados con anterioridad á la promulgación de dicho Código y bajo el imperio de leyes que dispusieran lo contrario.

Por la misma razón serán igualmente aplicables aun á los contratos de renta anteriores, tanto el art. 1786 que concede el derecho al rescate en caso de quiebra ó insolvencia del deudor,

---

(1) Confr. Casación de Venecia. Sentencia 11 de Septiembre de 1879 (Bazzara).—BETTINI, 1, 2, 921.

como el 2090 que hace derivar también este derecho del hecho de la apertura del juicio de graduación.

En todos estos casos, y en los demás semejantes á ellos, debe regir la regla general de que cuando el acto adquisitivo para la obtención de un derecho nuevo ó para el ejercicio de uno que hubiere sido adquirido ya, consista en un hecho ó acontecimiento no tenido en cuenta por la legislación anterior, debe aplicarse la ley bajo cuyo imperio se hubiere realizado ese hecho, excepto en el caso de que la persona en cuya contra se invoca la ley nueva, haya adquirido con anterioridad un derecho perfecto para ejecutar dicho hecho, sin incurrir por ello en las consecuencias de la nueva disposición legal.

337. Los principios de derecho transitorio que hemos indicado con relación á los contratos deben aplicarse también á los cuasi-contratos y á todas las relaciones contractuales que de cualquier modo nazcan de los preceptos de la ley. En su virtud, todo acto voluntario del hombre que haga nacer una obligación jurídica por ministerio de la ley, debe ser regido por aquella bajo cuyo imperio fué ejecutado el hecho, y deben ser respetados al promulgarse una ley nueva los derechos adquiridos mediante él por las partes ó por terceras personas.

Esta regla debe aplicarse á todas las relaciones contractuales que no nazcan por virtud de un verdadero contrato celebrado, sino que se deriven de los actos de las partes, cualquiera que sea la forma que ellos puedan revestir. Tratándose de cuasi-contratos, no puede menos de darse esta amplitud á la regla, porque á dicha clase pertenecen no sólo los actos llamados expresamente con dicha denominación por el legislador, sino también todas las obligaciones que no nacen de un verdadero contrato, y que, sin embargo, producen relaciones contractuales.

Sin descender á mayores particularidades, debemos decir que para todo lo relativo á la naturaleza, á la extensión y á los efectos de todas las obligaciones que nacen de la ley, rige la misma regla que expusimos al tratar de los principios de

derecho transitorio relativos á las obligaciones, así como también para los efectos de las mismas que pueden derivarse respecto de terceros.

En su consecuencia, para decidir, por ejemplo, si el *dominus negotiorum* puede ó no ser de la acción que habría debido ser directa contra el *negotiorum gestor*, para decidir si los actos ejecutados por el heredero presunto son ó no idóneos para hacer nacer una acción ejercitable contra el verdadero heredero, etc., etc., debe aplicarse la ley bajo cuyo imperio se hubiesen realizado dichos actos, y bajo la cual hubieren nacido, á consecuencia de los mismos, las relaciones contractuales.

338. Una de las cuestiones más graves que pueden suscitarse en esta materia es la siguiente: en el supuesto de que por la legislación vigente en el momento en que se ejecutan determinados actos, se admitiere un derecho cuya naturaleza sea la de un verdadero privilegio ó un derecho excepcional, y fuese después derogada dicha legislación, ¿deberá ó no ser respetado dicho derecho privilegiado si la ley nueva hubiese abrrogado todo privilegio ó el especial de que se trate?

Todo en esta cuestión depende de decidir cuál sea la naturaleza de la relación existente entre la ley, que en contemplación del indicado acto concede un derecho excepcional, y aquel que le ejecuta ó lleva á cabo para gozar dicho privilegio; esto es, si dicha relación tiene ó no la naturaleza propia de un verdadero cuasi-contrato.

Esta cuestión nació en Italia con ocasión de las nuevas leyes que abolieron todos los privilegios y todas las exenciones en cuanto al pago de ciertos impuestos, como, por ejemplo, la ley de 14 de Julio de 1864 (núm. 1831), en cuyos artículos 10 y 11 abolió los privilegios y exenciones relativos al impuesto territorial.

En la aplicación de dichas leyes surgieron dos cuestiones: la primera consistente en si debían ser comprendidas en su precepto las exenciones temporales que habían sido concedidas por leyes especiales á aquellos que en determinados tiem-

pos y lugares habían construído nuevas edificaciones; y la segunda referente á si debían ó no considerarse comprendidas en tal precepto las exenciones concedidas á los que fueren padres de doce hijos, cuyas exenciones fueron mantenidas por la ley de 21 de Agosto de 1862.

La Corte de Apelación de Nápoles, en su sentencia de 1.º de Mayo de 1868 (1), decidió que todas las excepciones, cualquiera que fuese su clase, debían considerarse comprendidas en la abolición sancionada en los citados artículos de la ley de 1864; pero otros tribunales, por el contrario, fundándose en que dichas exenciones contenían un elemento contractual, estimaron que no podía suponerse que estuvieran comprendidas en la abrrogación general (2).

En principio puede establecerse como regla general, que en materia de abrrogación, á falta de precepto expreso de la ley, se puede estimar abrrogadas solamente aquellas disposiciones que fueren absolutamente incompatibles con la ley nueva. Debe también admitirse para los privilegios que tuvieren una índole contractual, el principio de que el legislador puede dar efecto retroactivo á la ley nueva que suprima para en adelante todo privilegio, y si así lo hubiese dispuesto no habría discusión posible sobre ello. Pero cuando, por el contrario, falte disposición expresa acerca del particular, no se puede aceptar que la abolición general comprensiva de los privilegios y exenciones baste á hacer ineficaces aun los privilegios y las exenciones que bajo el imperio de la legislación anterior llevasen consigo anejos los cuasi-contratos, y debe, por el contrario, aplicarse á ellos la regla general de que la ley nueva debe respetar los derechos adquiridos con anterioridad á su promulgación.

---

(1) *Anales de Jurisprudencia*, 1868, 2, p. 45.

(2) Corte de Casación de Florencia. Sent. 28 de Diciembre de 1868. *Annali Part.*, 1, p. 305.—Casación de Turin. Sent. de 7 de Mayo de 1869. *Annali*, p. 191.—Casación de Mesina. Sent. de 19 de Julio de 1867, *Annali*, p. 2.

En su consecuencia, si en una ley especial concediera el legislador por un tiempo determinado el goce de un privilegio ó de una exención á los que erigiesen algún establecimiento ó ejerciesen cierta industria, no se podría desconocer que entre aquellos que llevasen á cabo, á partir de ella, la erección del indicado establecimiento, ó emprendiesen el ejercicio de dicha industria, y el Gobierno se crearía un verdadero cuasi-contrato, el cual debe ser respetado del mismo modo que deben serlo todos los derechos adquiridos mediante él antes de la promulgación de la ley nueva que derogue tal privilegio ó exención. La exención concedida á los procreadores de doce hijos se puede considerar también basada en el cuasi-contrato, como lo ha declarado la misma Corte de Casación de Turín.

No descendemos á más minuciosos particulares, porque nos parece que las reglas que quedan expuestas hasta aquí pueden servir para resolver igualmente las demás dudas y cuestiones que pueden suscitarse respecto de las relaciones jurídicas que tienen su origen en los cuasi-contratos.

En cuanto á las obligaciones que pueden derivarse de los delitos y de los cuasi-delitos, es necesario tener presente que los principios de derecho transitorio relativos á la aplicación de la nueva ley penal y que conciernen á la pena, no pueden servir para regular las consecuencias civiles de los delitos y las obligaciones que de ellos se derivan.

Es cierto que la obligación del resarcimiento del daño encuentra su fundamento, en el caso en cuestión, en la misma ley penal que declara ilícito el acto causante del daño; pero hay que observar á esto, que cuando la ejecución del acto ilícito se haya consumado dolosamente bajo el imperio de la ley que lo prohiba, y ésta conceda al perjudicado la acción correspondiente para el resarcimiento del daño causado por dicho acto, debe considerarse como un derecho perfecto el adquirido por éste, y como tal debe ser respetado al igual que cualquiera de los derechos patrimoniales. En su virtud, si la ley nueva suprimiese del número de los crímenes dicha acción penal,

esto influiría sólo para detener el ejercicio de la acción penal, pero no destruiría las consecuencias civiles y los derechos adquiridos por el perjudicado bajo el imperio de la legislación anterior.

Esta regla debe aplicarse á todo lo concerniente á la naturaleza y extensión del derecho principal, y por lo tanto, para decidir también si debe ó no admitirse la solidaridad entre los autores del acto doloso.

339. Necesario es poner ya término á la exposición de los principios generales de derecho transitorio y á las principales aplicaciones de ellos en materia civil, y por vía de resumen podemos decir que la máxima consagrada en la ley 7.ª *Cod. de legibus*: «*leges et constitutiones* FUTURIS *certum est dare formam* NEGOTIIS, *non ad facta præterita revocari*», y sancionada por los legisladores, es aplicable en verdad á todas las leyes en general, y por lo tanto, también al derecho judicial, al derecho penal y á las demás partes de la legislación.

Nos hemos limitado por ahora á examinar la aplicación de los principios de derecho transitorio á las relaciones reguladas por la legislación civil por su mayor importancia é interés, sin perjuicio de ocuparnos en otros tratados de las demás ramas del derecho. Las reglas que hemos expuesto para determinar los límites de la autoridad de la ley antigua y de la nueva quizás no consigan resolver todas las dudas que pueden nacer naturalmente cada vez que se modifique la legislación de un Estado, pero pueden contribuir útilmente á facilitar su solución.

DE LA IRRETROACTIVIDAD DE LAS LEYES PENALES

1. Cómo debe ser aplicado el principio de la irretroactividad de las leyes respecto de las leyes penales.—2. El principio de que la ley penal no puede tener efecto retroactivo, ha sido generalmente aceptado por los escritores y los legisladores.—3. Discusión acerca de la autoridad retroactiva de la ley penal que fuere más rigurosa, vigente en el momento del juicio.—4. Nuestra opinión acerca de ello.—5. Si puede admitirse la retroactividad de la ley penal más favorable al delincuente: opiniones de los jurisconsultos: disposiciones de los códigos.—6. Se examina el fundamento de la retroactividad de la ley penal más benigna.—7. Controversia concerniente á la aplicación del principio general acerca de la retroatividad: se examina el caso de que la ley nueva haya sacado un hecho determinado del número de los delitos.—8. Hipótesis varias, en las cuales puede encontrar aplicación el principio de la retroactividad.—9. Se examinan en particular las consecuencias que pueden derivarse en el caso de que la ley nueva quite á un hecho el carácter criminoso.—10. Se examina el caso de que la ley nueva haya hecho más benigna la especie y la duración de la pena.—11. De la ley nueva que haya modificado y limitado el máximo ó el mínimo de la pena: opinión de los escritores.—12. Opinión nuestra.—13. Se examina el caso de que en el tiempo que medie entre la consumación del delito y el juicio sea promulgada una ley penal más benigna.—14. Si puede tener aplicación el principio de la retroactividad de la ley penal más benigna en el caso de existir una condena irrevocable ó firme: disposiciones de las leyes respecto de este particular.—15. Teorías de los escritores que sostienen la extensión de dicho principio, aun en los casos de condena irrevocable.—16. Observaciones nuestras en sentido contrario.—17. Se examina la cuestión de derecho transitorio en el caso de que la ley nueva haya cambiado las reglas acerca de la prescripción: teorías de los escritores.—18. Opinión nuestra.—19. De las leyes penales de procedimiento.

1. El principio expuesto y desenvuelto por nosotros con relación á todas las leyes en general, de que los preceptos imperativos sancionados por el legislador para regular todos los

actos y todas las relaciones humanas, no pueden ser considerados obligatorios más que desde el momento de haber comenzado á estar en vigor, encuentra también su aplicación en cuanto á las disposiciones de las leyes penales, las cuales, en efecto, no pueden extender su autoridad y su eficacia más que únicamente sobre aquellos hechos que fueren posteriores á su promulgación.

El oficio de las leyes, dice Trielhard, es el regular el porvenir; el pasado no está jamás en su poder. Por lo tanto, donde fuese admitida la retroactividad de la ley, no sólo no existiría seguridad alguna, sino que jamás se disiparía la oscuridad en la legislación. La ley natural no se halla limitada por el tiempo ni por los lugares, porque pertenece á todos los siglos y á todos los países. Las leyes positivas, por el contrario, son la obra de los hombres, y no existen más que cuando son promulgadas, ni pueden surtir efecto más que cuando existen. La libertad civil consiste en el derecho de hacer aquello que la ley no prohibe y debe considerarse permitido todo lo que no es prohibido. ¿Qué vendría á ser, pues, la libertad civil si el ciudadano pudiese temer que después de ejecutado un acto con arreglo á la ley pudiera quedar expuesto al peligro de ser juzgado dicho acto por una ley posterior?

El principio *nullum delictum sine prœvia lege* es y será en adelante considerado como un canon ó regla de justicia social. En efecto; el fundamento racional de dicho principio se encuentra en la noción misma del delito, el cual consiste en la violación de la ley promulgada por la soberanía para proteger los derechos del Estado y la seguridad de los ciudadanos, consumada mediante un acto externo del hombre, positivo ó negativo, imputable á él moralmente. Así, pues, si el delito como hecho jurídico consiste en la violación de la ley, resulta evidente que ningún acto del hombre puede ser reputado como constitutivo de delito sino cuando haya sido consumado en contravención con una ley que lo prohibiera.

2. No puede aducirse en contra de esto la consideración

hecha por algunos de que tendiendo la ley penal á hacer cesar ciertos abusos existentes, y en vista de los que es promulgada, debe igualmente estimarse como conforme á los intereses generales el no dejar impunes aquellos abusos á que se refiera la ley penal promulgada, aun cuando hubieren sido cometidos antes de empezar á regir.

Por el contrario, debemos observar que un hecho puede ser perjudicial, puede ser perverso, puede ser perverso y perjudicial á la vez, según la ley natural; pero no por eso podrá ser calificado de delito respecto del que le ejecuta, sino cuando dicho hecho estuviere prohibido por la ley. En su virtud, ¿se puede, tal vez, pretender que los ciudadanos deban conformar sus actos á una ley que no haya sido aún sancionada y promulgada? ¿Cabe, acaso, admitir que el legislador pueda, sin tiránica arbitrariedad, decretar penas que se extiendan á actos ya consumados?

La imposición de la pena no debe ser legítima más que como sanción del precepto legal imperante que haya sido voluntariamente violado. Por lo tanto, no podría jamás admitirse que un legislador pueda conceder al juzgador la facultad de extender ó aplicar la nueva ley penal á los actos anteriores que no hubieren sido castigados aún. Esto trastornaría todo el sistema del derecho penal y la base en que se funda la autoridad y la eficacia de la ley penal, que consiste en la tutela del derecho.

Es necesario, pues, tener como regla universalmente aceptada por la doctrina y expresamente sancionada por la mayor parte de las legislaciones modernas, el principio de que la ley penal no puede tener efecto retroactivo, lo cual significa que ninguna acción ú omisión puede ser calificada de delito, ni su autor puede ser penado sino en virtud de la ley que estuviere vigente en el momento en que hubiese sido cometido el hecho.

Este principio se encuentra explícitamente establecido en las leyes. En efecto; Ulpiano, con relación al castigo de los

delitos, sostuvo que éstos no debían someterse á la pena sancionada por la ley vigente en el momento del juicio, sino por la que hubiere estado en vigor en el tiempo en que hubieren sido cometidos (1). La misma doctrina se encuentra aceptada por el Derecho canónico (2). Explícita es también la disposición que se encuentra en la *Declaración de los derechos del hombre,* hecha en los tiempos de la Revolución francesa: artículo 8.°: «La ley no puede establecer más que las penas estricta y evidentemente necesarias, y nadie puede ser penado más que en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito y legalmente aplicada.»

Prescindiendo de los demás Códigos en que se halla expresamente sancionado el principio de la irretroactividad, nos limitaremos á consignar cuanto dispone á este propósito el nuevo Codigo penal italiano, puesto en vigor en 1.° de Enero del corriente año, en el cual se establece lo siguiente: «Artículo 2.° Ninguno puede ser castigado por un hecho que, según la ley del tiempo en que hubiere sido cometido, no constituya delito.»

El principio que ningún acto del hombre que no sea reputado criminal cuando hubiere sido ejecutado, no puede llegar á constituir delito en virtud de una ley posterior, se encuentra admitido unánimemente por todos los jurisconsultos, y principalmente por los glosadores que ilustraron las leyes romanas y canónicas durante los siglos XIII XV, tanto, que puede decirse haber sido formada respecto de ello la *comunis opinio,* que constituye el principio que sin restricción se encuentra sancionado en todas las legislaciones positivas modernas.

---

(1) *Quoties de delicto quæritur placuit non eam pœnam, quem subire debere, quam conditio eius admittit eo tempore quo sententia de eo fertur sed eam quam substineret si eo tempore esset sententiam passus eum deliquinsit.*—L. 1, pr. Dig. *De pœnis.*

(2) *Pœna criminis ex tempore legis et quæ crimen inhibuit nec ante legem ulla rei damnatio est sed in lege,* c. 3. Caus 32. qu. 4.—Confr. c. 2, X, *De constitut.*, 1, 2; c. 18, Cost.

Seeger cita un gran número de dichos escritores, y no creemos necesario mencionarlos de nuevo nosotros (1).

3. No se hallan, sin embargo, de acuerdo todos los escritores en admitir que cuando la ley penal haya solamente establecido una pena más severa respecto de hechos calificados ya de delito por la legislación anterior, deba excluirse del mismo modo la eficacia retroactiva de la ley nueva en cuanto á la mayor severidad de las penas.

En efecto, algunos escritores, fundándose en el concepto de que el fin de la pena es la intimidación, ó sea la coacción psicológica, han sostenido que debe tener eficacia retroactiva la ley penal nueva, que para proveer más eficaz y más justamente á la expiación hubiere establecido una pena más severa.

Meynne dice á este propósito que, debiendo ser considerada toda modificación de la penalidad como una medída más exacta para la expiación, debe del mismo modo admitirse el que haya de ser aplicada aun á aquellos que hubiesen delinquido antes de que la nueva ley positiva más severa haya sido promulgada (2).

Lo mismo sostienen también Abegg y Van de Poll (3), los cuales, acogiendo la teoría de que la pena tiene su fundamento en la intimidación, dicen que es necesario aceptar que cuando la ley nueva reconozca la pena más severa como más idónea que la antigua para obtener la corrección del delincuente, y para desviarlos á todos del camino del delito, dede ser aplicada dicha ley nueva á fin de conseguir mejor el objeto que debe llenar la penalidad.

Cuando el legislador, dice Abegg, establece la pena más

---

(1) Seeger, *Ueber die rückwizkende Kraft recuer Strafgeretze Tübingen*, 1862.

(2) Meynne, *Essai sur la retroactivité des lois represives*, pág. 27.

(3) Abegg, *Ueber das Verhaltniss neur Gesetze su früher vorgenommenen Handeningen im Criminal rechte, penes, arch des Criminalr XIII* Abth 18.—Van de Poll, *De vis legis novae inerim commissorum poenas*.

severa, lo hace porque la experiencia ha demostrado que la ley penal anterior no tenía la eficacia necesaria para impedir el delito, como lo habían supuesto los que le precedieron en la formación de las leyes, y de aquí que no se deba aplicar la pena fijada en la ley antigua á aquellos que la infringen por no haber tenido suficiente efecto coactivo.

Meynne añade que la *aplicabilidad* de una ley nueva más severa es por sí misma una circunstancia que aumenta la presión de la amenaza sobre el ánimo de aquel que se hallare dispuesto á delinquir, de lo cual deduce que aceptando la teoría penal que considera la pena como un medio coactivo aplicado para alcanzar un fin externo, se debe admitir como inevitable corolario la retroactividad de la ley penal más severa.

Otros escritores, por el contrario, han considerado que aun cuando deba reputarse la pena como encaminada al fin de la prevención, no puede justificarse por ello la aplicación de la ley penal más severa, porque si bien con la pena más grave tiende el legislador á prevenir más severamente el delito, no es admisible que llegue á conseguirse dicho efecto respecto á los delitos ya consumados, por ser imposible su prevención, sino únicamente respecto de los futuros, que son los que pueden prevenirse y evitarse por tal medio (1).

Otros han sostenido que el derecho de castigar no nace más que de la conminación de la pena, y entienden que no puede penarse al delincuente con la nueva ley penal más severa, porque con ella no había sido conminada aún al cometer el delito.

Lacharial opina que la ley penal más severa no debe tener efecto retroactivo, y funda esta su opinión en la razón de la necesidad de proteger á los ciudadanos contra el arbitrio del legislador, y también Bermer sostiene esta misma doctrina (2).

4. A nosotros nos parece que el principio de la no retroac-

(1) Confr. Blondeau. *Disertatión sur l'effet retroactif des lois* (en la *Recueil general des lois*, por Sirey, vol. 9).

(2) Lacharial, *Ueber chie rückwoikende Kraft neur Strafgesetze*, Gottinga, 1834.

tividad de la ley penal más severa encuentra su justo fundamento en los mismos conceptos de justicia que constituyen la base del derecho de castigar y de la conminación de la pena.

Tratándose de la criminalidad de las acciones según el derecho positivo, no es ésta admisible sino en virtud de una ley anterior que haya sancionado el precepto obligatorio y que haya fijado la pena proporcionada al restablecimiento del orden jurídico, perturbado con la violación de dicho precepto obligatorio. El fin de la pena no puede ser la venganza, ni la intimidación, ni la reparación del daño sufrido por el ofendido, sino el restablecimiento del orden jurídico violado por el delito. Todo aquel que con un acto propio contradice la ley que para proveer eficazmente á la tutela del derecho sanciona el precepto y establece la pena contra cualquiera que ose violarlo, debe someterse á las consecuencias que se derivan de haber infringido la ley, y debe sufrir la pena consistente en el mal impuesto al mismo como autor reconocido del hecho criminoso, y que el legislador haya estimado apropiado en determinadas condiciones de tiempo y de lugar para restablecer el orden jurídico.

En su virtud, no nos parece que puede sostenerse que deba ser considerado como un derecho adquirido por el delincuente el de no poder ser sometido á otras penas que aquellas fijadas y establecidas por la ley vigente en el momento en que fuere cometido el delito, porque en verdad hay que reconocer que siempre que pueda demostrarse que con arreglo á los principios de la justicia el legislador puede castigar al delincuente con la pena más severa fijada por la ley posterior, este derecho no podría ser destruído por la consideración de proteger los intereses del delincuente y evitar, por su parte, el peligro de ser expuesto al rigor de leyes más severas, violando sus derechos adquiridos.

En efecto; el que con el delito ejecuta voluntariamente un hecho en contradicción con la ley que lo prohibe, debe someterse á todas las consecuencias que pueden derivarse de tal

relación de contradicción, y no podría ostentar fundadamente con respecto al legislador ningún derecho adquirido, si se pudiese demostrar que para la tutela del orden jurídico, á la que debe tender la pena, hubiera de proveer más eficazmente sujetando á las penas más severas establecidas por la ley nueva los delitos cometidos durante la vigencia de la legislación anterior.

Nos parece, por el contrario, que la sociedad carece del derecho de aplicar las penas más severas de la nueva ley á los delitos cometidos antes de su promulgación.

En efecto; la soberanía, en tanto tiene el derecho de imponer las penas á aquellos que en debida forma son declarados culpables de un delito, en cuanto que el mal que ha de imponerse sea reputado á propósito, según la justicia penal, para restablecer el orden jurídico. Por lo tanto, aunque el cambio ó la modificación de la ley penal deba ser considerada como la más exacta expresión de lo justo con relación á las condiciones históricas de la sociedad, aun en aquellos casos en que se modifique en el sentido de aumentar la severidad de las penas; no pueden, sin embargo, tener autoridad ni fuerza obligatoria los preceptos establecidos por el legislador, tanto en lo relativo á la imputación como en lo concerniente al mal proporcional, (es decir, á la pena, proclamada por el legislador como necesaria para el restablecimiento del orden jurídico), más que á partir desde el momento en que dichos preceptos fueren promulgados y fijada la pena proporcional al delito.

Del mismo modo que no puede declararse criminoso en virtud de la ley nueva aquello que no fuese reputado tal por la legislación anterior, no es posible tampoco cambiar las reglas acerca de la pena, ó sea acerca de lo que debe ser considerado preciso para restablecer el orden jurídico perturbado antes de que la ley nueva hubiere sido promulgada. Admitiendo lo contrario, resultaría que la nueva expresión del derecho social habría venido á tener autoridad antes de que hubiese sido formada y promulgada.

En la materia penal conviene tener siempre en cuenta que están en constante conflicto los derechos de los particulares y los de la sociedad, y estimando como indudable que á la soberanía compete el derecho de limitar la libertad de las personas para amparar el orden jurídico y las relaciones todas de la vida social, así como para asegurar la observancia y el respeto de sus preceptos por medio de las sanciones penales, no cabe sin embargo admitir que la soberanía pueda hacer esto sin mostrar en la ley su voluntad. Por lo tanto, así como faltando ésta faltaría también el principio fundamental del derecho de castigar, debe también del mismo modo faltar, por parte de la soberanía, cuando una nueva ley ha sido promulgada, el derecho de atribuir á ésta eficacia (aun cuando sólo se limite á la proporcionalidad de las penas) á los actos consumados y terminados antes que el legislador haya manifestado su voluntad.

Sería injusto que la soberanía pudiera castigar sin haber antes establecido la prohibición, y lo sería igualmente que pudiese imponer las penas más severas á los actos consumados con anterioridad á la promulgación de la ley, porque si hasta entonces no había declarado ni advertido que para el restablecimiento del orden jurídico estimaba precisas las penas más severas sancionadas por la nueva ley, vendría á perseguir con ella actos consumados antes de que hiciese conocer su voluntad.

De todo lo expuesto deducimos, como conclusión, que la doctrina de la no retroactividad de la ley penal y la de la no retroactividad de la ley penal más severa, tienen su fundamento en los mismos principios que justifican el derecho de castigar y la conminación de la pena.

5. Pasemos ahora á examinar si, teniendo por base los mismos principios, se puede demostrar la autoridad retroactiva de la ley penal más favorable para el delincuente.

El principio de la no retroactividad de la ley nueva, establecido para el caso de ser más severa la pena por redundar en perjuicio del delincuente, ¿debe admitirse del mismo modo cuando la nueva ley fuese más favorable?

Puede, en efecto, suceder que aunque el delito haya sido consumado, estando vigente la ley antigua, no sea, sin embargo, sentenciado el culpable, ó, al menos, no lo haya sido irrevocablemente hasta después de ser promulgada la ley nueva. En este caso, si la nueva disposición penal fuese más suave y favorable que la antigua, ¿cuál ha de aplicarse para juzgar el hecho ya consumado y aun no sentenciado de modo irrevocable por virtud de apelación deducida ó por hallarse en contumacia el reo? ¿Habrá de aplicarse la ley vigente en el momento del delito ó la que estuviere en vigor en la época del juicio?

Puede darse el caso, de que la ley nueva haya modificado la entidad misma de la imputación, como, por ejemplo, si hubiere dispuesto que el hurto doméstico no deba ser considerado como cualificado, mientras que la ley precedente, bajo cuyo imperio se hubiere realizado el hecho, le estimase en tal sentido. Puede también ocurrir que la modificación introducida en la ley nueva se refiera tan sólo á la penalidad del delito sin alterar para nada el nombre y la esencia de la imputación. Puede igualmente suceder que la innovación se limite al máximum ó al mínimum de la duración de la pena ó á las reglas relativas á la prescripción, etc., etc.

En todas estas hipótesis que por vía de ejemplo citamos, ¿deberá mantenerse el principio de la no retroactividad, admitiendo que el juez debe fallar haciendo aplicación de la ley más rigurosa, ó sea la abolida por la nueva disposición legal, por la sola consideración de que el delito fué cometido mientras estaba aquélla en vigor, ó, por el contrario, debe ser modificado el principio de la no retroactividad, que sería odioso y gravoso para el delincuente, admitiendo que la ley más benigna y favorable para el culpable debe tener autoridad y eficacia retroactiva?

El principio de que esta última ley debe ser aplicada aun á los delitos cometidos antes de su promulgación, fué sostenido principalmente por los jurisconsultos italianos. Según

refiere Seeger (1), el primero que expuso esta teoría fué Ricardo Malumbrano. En efecto, éste sostenía, con motivo de una discusión mantenida con Sadova, que una contravención á la prohibición del comercio de la sal en Venecia, que había sido cometida mientras estaba en vigor la ley que la penaba con 100 liras de multa, debía ser fallada con arreglo á la ley nueva, que había reducido la multa á sólo 25 liras.

Bartolo, y antes que él Giacomo de Belvisio, Cino Pistoicio y Alberico da Rosciate, habían también sostenido que la disminución introducida en la pena por la ley nueva debía aprovechar aun á los condenados con anterioridad á su publicación (2). El mismo Seeger, ya citado, hizo observar que la opinión más dominante entre los jurisconsultos italianos del siglo XV fué la de no establecer diferencia alguna en cuanto al principio de la no retroactividad de la ley penal, tanto en el caso de que la ley posterior hubiese aumentado, como en el de que hubiese disminuido la pena; sino que mantenían, por el contrario, muy alto el principio de que todo delito debe ser castigado con arreglo á la ley vigente al tiempo en que hubiere sido cometido. De la misma opinión son Gandino (3), Baldo (4), Ranieri di Torli y otros (5).

En el siglo XVIII el principio establecido por Malumbrano encontró decididos sostenedores, y los jurisconsultos italianos estuvieron más de acuerdo acerca de él, tanto que prevaleció en las escuelas. Calurosamente era sostenido, entre otros, por Tarinacio, el cual reasume claramente el principio en los siguientes términos: *Lex constitutio seu statum, quando minuit pœnam statuti antiqui tunc in imponendis pœnis inspiciatur tempus sententiæ. Ideo talis pœna novæ legis, constitutionis seu statuti, imponetur etiam pro delictis præteritis non punitis.*

(1) Seeger, *Ueber die rückwirkende Kraft neuer Strafgesetze*, pág. 52.

(2) Confr. Gabba, *Teoria della retroattività delle leggi*, vol. II, pág. 292.

(3) *Tractatus de malefíciis* (tít. de *Pœnis reorum*, n. 17).

(4) *Super Decret. cap. ult.* X, *De const.*, n. 7.

(5) *Repert. de leg.: omnes populi*, D. de I. y I. n. 63.

También los jurisconsultos de la Germania sostuvieron la misma doctrina, la cual vino á formar la opinión común en el foro, siendo después sancionada por las leyes. En la introducción al Derecho universal prusiano se encuentra del mismo modo sancionada la regla de la retroactividad de la ley penal más favorable (§ 18) y, después que ella, las otras legislaciones germanas acogieron y establecieron el mismo principio (1). Este prevaleció en todas las escuelas jurídicas de Europa, y fué, por último, admitido en los Códigos que han sido promulgados en este siglo. Entre otros, fué acogido por la Francia, donde expresamente se estableció dicho principio en el decreto de 23 de Julio de 1810, dictado para la aplicación del Código criminal (2), y no creemos necesario recordar cómo todos los demás códigos aceptaron esta doctrina que generalmente prevalecía. En Italia se encuentra también sancionado el mismo principio, no sólo en el Código de 1869, art. 3.º, sino también en el que ha sido recientemente formado.

6. La razón de esta conformidad, en cuanto al principio de la retroactividad de la ley penal más benigna, encuentra su principal fundamento en los principios generales de la penalidad. No se puede, en efecto, decir que sólo por los principios de humanidad ó de conveniencia política deba admitirse el temperamento de la ley más favorable al delincuente, sino que, por el contrario, debe ser considerada esta regla como un precepto de estricta justicia; y, por lo tanto, no pudiendo ser estimada como una excepción sugerida por consideraciones

---

(1) Véase, para la Prusia occidental y para Posen, la patente de 9 de Septiembre de 1814 (§ 16) y la de 9 de Noviembre de 1816; para Sajonia, la de 15 de Noviembre de 1816 (§ 17), y para Westfalia, la de 2 de Junio de 1825.

(2) Las Cortes y Tribunales, dice el citado decreto, aplicarán á los crímenes y delitos las penas marcadas por las leyes penales existentes en el momento en que ellos hubieran sido cometidos; pero si la naturaleza de la pena fijada por el nuevo Código penal fuere menos rigurosa que la establecida por el Código actual de 1791, aplicarán las penas del nuevo.

políticas, no es posible tampoco suponer que un legislador esté facultado para desconocer ó infringir tal principio sin incurrir en manifiesta injusticia.

Basta, en verdad, recordar lo que antes hemos dicho á propósito de la irretroactividad para convencerse de que por las mismas razones se demuestra ó se justifica la retroactividad de la ley penal más benigna. En efecto, los poderes públicos no pueden someter á los delincuentes á pena alguna más que por razón de la tutela del orden jurídico, á cuyo restablecimiento debe tender únicamente la pena. Así como el delito no es otra cosa que una relación de contravención entre el hecho y la ley, que no puede existir sino cuando haya sido violada la ley imperante al tiempo de realizarse el hecho, del mismo modo el derecho de castigar, imponiendo la pena proporcional, debe ser también una relación de proporción entre la contravención realizada ó la violación de la ley, con el mal que se reconozca por el legislador como necesario y eficaz para restablecer el orden jurídico. Sería, en verdad, contrario á los principios de la justicia penal el imponer una pena sin que la ley la haya establecido y dado á conocer previamente; pero igualmente sería arbitrario fijar una pena exorbitante, ó sea superior á lo que pueda ser exigido, con arreglo á la razón penal, para conseguir el fin racional de la pena, es decir, la tutela del orden jurídico.

Aceptando estas bases como el fundamento del derecho de castigar, claramente se deduce que tanto en el caso en que la ley nueva excluya del número de los delitos aquellos actos que antes eran calificados de tal, como en el de que establezca que en adelante no haya de estimarse justo el imponer á determinado delito la pena establecida por la legislación anterior, sino una más suave, debe en dichas hipótesis considerarse contrario á los preceptos de la justicia absoluta el castigar tales actos con arreglo á la legislación precedente.

Decimos que esto sería injusto, porque la pena en tanto es justa y legítima, en cuanto constituya una necesidad social para

la tutela del orden jurídico, y por lo tanto, debe sin género alguno de duda estimarse ilegítimo é injusto el aplicar una penalidad establecida por la legislación anterior, cuando la nueva, reconociéndola exorbitante, y por consiguiente irracional, ha mitigado su rigor estableciendo la pena justa. No se comprende por qué motivos ha de existir en la sociedad el derecho de persistir en la petición de la expiación más rigurosa, después de haber empezado á regir la ley nueva que haya establecido una penalidad más benigna, y de aquí que sea necesario admitir como un principio de absoluta justicia el limitar los términos de la expiación á las reglas establecidas por la ley nueva más benigna.

7. Demostrado con lo expuesto que la retroactividad de la ley penal más favorable, respecto de los hechos anteriores, no es una excepción del principio general de la irretroactividad y que no es sugerida por razones de humanidad y de política, sino por motivos de estricta justicia, toda la controversia en esta materia tiene que quedar reducida á la aplicación de ese justo principio á los diversos casos que pueden ocurrir al conceder la mayor benignidad de la ley penal nueva á aquellos que hubieren cometido su delito mientras imperaba la ley anterior más severa y más rigurosa, y esta cuestión es la que debemos ahora hacer objeto de nuestro estudio.

El caso de que una ley nueva haya borrado del número de los delitos un hecho calificado de tal por la legislación anterior, no ofrece en verdad seria dificultad. En efecto, ya esté pendiente el procedimiento contra el autor del hecho, ya esté dictada la sentencia, si bien no haya llegado á ser ejecutoria, cuando el legislador haya expresamente declarado que un determinado hecho no pueda en adelante ser considerado como delito, y por lo tanto, no punible, debe estimarse evidentemente injusto el someter al procesado á la imputación y al castigo, obligándole á sufrir los dolores de la pena en virtud de una condena, cuando el legislador ha declarado que no es punible el autor de aquel hecho. Ninguna duda puede caber de que no

existiría en la sociedad el derecho de castigar en el primer caso, y que no existiría tampoco en el segundo el de reclamar el cumplimiento de la sentencia impuesta, pero que no hubiera llegado á ser firme á la publicación de la nueva ley.

Los códigos más recientes han sancionado este principio. Por ejemplo, el Código italiano acerca de este punto dice lo siguiente:

«Ninguno puede ser castigado por un hecho que según la ley posterior no constituya delito, y si ya hubiere sido condenado, cesarán la ejecución y los efectos penales.»

8. La dificultad más grave que puede surgir está en el caso de que un hecho sea calificado de delito por la legislación anterior, vigente la cual hubiere sido cometido, y condenado también por la nueva, aunque resultando ésta más benigna para el culpable que la precedente.

En este supuesto pueden ocurrir dos casos: ó que la mayor suavidad y benignidad de la ley nueva consista solamente en la clase y duración de la pena, ó que independientemente del criterio aceptado por el legislador en una y otra con relación á la pena, sea más benigna que la anterior la ley penal nueva en cuanto á los elementos necesarios y constitutivos del delito; como, por ejemplo, si presumiera la ley antigua la existencia de la violencia en el abuso de una mujer menor de catorce años, y la nueva, por el contrario, no admitiese tal presunción sino en el caso de ser menor de doce años la persona ofendida por el delito. Esta circunstancia no se refiere directamente á la clase y á la duración de la pena, pero influiría muy directamente en la penalidad si el procesado pudiera gozar del beneficio de la ley nueva más benigna. Pueden tener lugar también otros casos en que resulte más beneficiosa la ley nueva que la anterior, como, por ejemplo, en lo relativo al ejercicio de la acción penal, si una dispusiere que un determinado delito pueda ser perseguido de oficio, y la otra, por el contrario, exigiese como condición precisa para el procedimiento la querella de parte ofendida; y también puede resultar más benigna la ley nueva que las

anteriores, en cuanto á la prescripción, por haber establecido un tiempo menor para la prescripción de la acción penal ó para la de la pena.

Teniendo en cuenta todas estas modalidades, en las cuales puede nacer á favor del procesado el derecho de gozar de las disposiciones más favorables de la ley nueva, fácilmente se comprende que pueden surgir dudas en la aplicación del principio de la retroactividad de la ley penal más benigna á cada uno de los casos antes mencionados y otros que pudiéramos citar. Así, por ejemplo, puede ser objeto de discusión si sobreviniendo una ley nueva que mitigue el rigor de las penas, deben aprovechar los beneficios de la misma, no sólo al delincuente contra el cual esté pendiente el juicio por no haberse dictado aún sentencia firme, sino también á los reos á quienes hubiese sido ya impuesta en virtud de sentencia ejecutoria la pena más rigurosa establecida por la legislación anterior, ó que las estuviesen ya cumpliendo.

Otras cuestiones pueden también suscitarse, pues no están todos de acuerdo en la aplicación de aquella regla, á cada uno de los casos en particular, por más que, según hemos ya dicho, la mayor parte de los autores admiten la retroactividad de la ley penal más benigna.

9. Examinando ahora los diversos casos particulares en que debe admitirse la retroactividad de la ley penal más benigna, debemos hacer notar que, según ya hemos dicho, cuando la nueva ley quite á un hecho el carácter de delito que tuviera con arreglo á la legislación anterior, hay en este caso que tener como regla el que deben cesar por virtud de ella, no sólo los procedimientos en curso iniciados por consecuencia de la ley precedente, sino también la ejecución y los efectos penales de las sentencias dictadas que hubieren llegado á ser irrevocables. La única duda que con relación á ello puede suscitarse, se refiere á los medios de hacer cesar práctieamente la ejecución y los efectos de las condenas irrevocables impuestas por el hecho que haya perdido el carácter de delito.

Desde luego se comprende que, en todo caso, es necesario un acuerdo por parte de la Autoridad judicial para determinar los efectos de la retroactividad, y de aquí que cuando se trate de obtener la suspensión del mandamiento de captura para la ejecución de la sentencia, ó cuando se procure la excarcelación del condenado que estuviere cumpliendo ya la pena, convendrá provocar el acuerdo correspondiente del magistrado á quien competa decretar la excarcelación ó los efectos penales de la condena. Respecto de estos últimos, es decir, de los efectos penales de la condena, conviene hacer notar que sólo pueden estimarse como tales efectos los que son consecuencia inmediata de la pena, y que se derivan por virtud de la ley de la condena misma, en cuanto ellos resultan virtualmente por pleno derecho de la pena á que la ley admita tal efecto.

Esto debe reputarse, por ejemplo, de la interdicción legal, de la privación de ciertos derechos, como el de la patria potestad, la interdicción ó suspensión del ejercicio de una profesión ó de un arte, etc., etc. Con relación, pues, á los efectos civiles que deben derivarse de la condena, como éstos no pueden ser reputados tales, aunque se deriven como acesorio de la misma, sino en cuanto se hayan establecido por ella, no cabe admitir que la ley posterior pueda tener fuerza retroactiva para hacerlos cesar. Por el contrario, ellos constituyen derechos privados adquiridos por parte de las personas á quienes fueron atribuídos según la ley, y por lo tanto, aunque vengan á cesar los efectos penales de la condena, deben, sin embargo, considerarse subsistentes los efectos civiles que de la sentencia se deriven, dejando siempre á salvo los derechos de terceros.

10. En el supuesto de que la mayor benignidad de la ley penal nueva consista solamente en haber hecho más suave la clase y la duración de la pena impuesta al hecho considerado como constitutivo de delito, debemos observar que cuando el acusado no haya sido aún sentenciado ó cuando no haya llegado á ser irrevocable y firme la condena impuesta al mismo,

será necesario siempre aplicar la ley nueva que contenga disposiciones más favorables.

Las dudas que pueden suscitarse acerca de esto se refieren al criterio que deba seguirse para determinar qué ley es más benigna. Cuando la posterior impone una pena más suave que la precedente en cuanto á la clase y duración de la misma, el caso se simplifica y no presenta dificultad alguna la aplicación del principio; pues estimándose como criminoso el hecho por el carácter atribuído al mismo en la ley anterior y en la nueva, todo se reduciría á imponer á él la pena menor establecida por la nueva ley, en vez de la más grave fijada en la anterior. Pero puede, por el contrario, suceder que la ley posterior contenga una pena más suave que la precedente en su especie ó clase, pero más grave en cuanto á la duración, y entonces la duda es mucho más difícil de resolver. Esto sucedería, por ejemplo, si un mismo delito fuese castigado con tres años de reclusión por la ley antigua y con cinco años de destierro local por la nueva.

En este caso, teniendo en consideración la índole de la pena, mucho más benigna sería la segunda; pero si se atendiese á su duración, indudablemente habría que considerar más suave la primera. Para quitar todo duda, en estos casos debe considerarse como lo más oportuno que el legislador resuelva la cuestión por medio de expresa disposición de la ley, á fin de disipar toda la inseguridad que podría originarse si fuese confiado á la jurisprudencia el hacer la comparación para decidir cuál de las dos disposiciones debe considerarse como la más favorable.

Así, por ejemplo, podría el legislador establecer que en el caso de haber de sustituir á la pena anterior la más suave en cuanto á su especie, no pudiera ser aplicada por un tiempo mayor que el fijado en la legislación citada. Pero cuando, por el contrario, no contenga la ley semejante disposición, tratándose de la interpretación del principio y de la aplicación de la regla citada, no podría menos de admitirse la competencia del magistrado en cuanto á la decisión de cuál de las dos leyes debía estimarse como más favorable al delincuente, y sería necesario

someterlo todo al prudente arbitrio del juez, incurriéndose en el peligro de establecerse jurisprudencia contradictoria.

En dicho caso podría admitirse, sin desconocerse por ello el principio, que debía considerarse como más suave la pena de destierro local, aun cuando su duración sea de cinco años, que la de reclusión reducida á tres años, aunque la primera sea realmente más larga en su duración; pues debiendo medirse la gravedad de las penas en razón directa de la importancia del bien de que es privado el reo y del mal que está obligado á sufrir, se puede con razón sostener que la primera de las dos penas citadas, inferior en el título y en la gravedad, es también en sustancia la más benigna.

11. Otro caso en que pueden surgir dudas graves, es cuando la ley nueva introduce modificación en cuanto al máximum ó al mínimum de la pena, ó á ambas cosas á la vez. Supongamos, por ejemplo, que la ley anterior fijara como pena de un hecho criminoso tres meses de cárcel como mínimum y un año como máximum, y que la ley nueva fije para el mismo delito cuatro meses como mínimum y ocho como máximum. En este caso, ¿cuál de las dos leyes debe reputarse más benigna? ¿Debe el juez aplicar la pena establecida en la ley anterior, ó en la nueva?

Algunos autores, como Haus, Chauveau y Hélie, opinan que debe ser reputada como más benigna la ley que reduzca el máximum de la pena. Con este motivo dice Haus, que el mínimum no puede ser considerado como tipo fijo, porque cuando existen circunstancias atenuantes, el magistrado tiene la facultad de rebajar la pena aun más allá del mínimum legal, mientras que, por el contrario, lo es siempre el máximum, aun cuando existan circunstancias desfavorables al acusado, porque éste nunca podría ser condenado más que al máximum fijado á la pena, por lo que la ley nueva que reduzca dicho máximum debe ser reputada como la más benigna. Conviene, por otra parte, observar que aceptando este concepto, se llegaría á la consecuencia de que, estimándose como más benigna la ley

nueva, y debiendo como tal ser aplicada, no podría, sin embargo, el juez, en el ejemplo propuesto, seguir imponiendo la pena de los tres meses, sino que, por el contrario, estaría obligado á imponer los cuatro meses fijados como mínimum por la ley nueva. Como se comprende, esta consecuencia no es en verdad favorable al acusado.

Otros escritores, para obviar estos inconvenientes, han propuesto que debe considerarse como más benigna la ley que reduzca el mínimum; pero debemos también observar que aceptando esta regla, cuando la nueva ley que reduzca el mínimum elevase á la vez el máximum, resultaría que mientras el juez no hubiera podido imponer, por ejemplo, más de tres años de cárcel, de aplicar la ley vigente á la consumación del delito, por ser éste el máximum fijado en la misma, tendría que imponer hasta cuatro años en virtud de la ley posterior (dado que éste fuera el máximum establecido por ella), fundándose en que esta nueva ley debe ser reputada como la más benigna por la sola consideración de haber disminuído el mínimum. De este modo la ley más benigna viene, por el contrario, á convertirse en la más gravosa.

Otros escritores han expuesto la idea de tomar el mínimum más favorable y el máximum más favorable también de una y otra de las dos leyes; pero debemos observar que esta es la teoría menos sostenible, toda vez que por ella se atribuye al juzgador la facultad de combinar las dos leyes en favor del acusado, formando en beneficio del mismo una ley mixta compuesta de las dos leyes penales en contradicción, como si hiciese una ley transitoria, asumiendo las facultades del legislador. ¿Y cómo podría justificarse esta potestad en el juez? El magistrado puede juzgar según una ú otra de dichas leyes: debe aplicar, de las dos, la más benigna; pero no puede en modo alguno anular ni hacer ineficaces dichas leyes ni combinarlas, haciendo surgir una tercera, para convertir la condición del acusado en más favorable de lo que podría serlo según una ú otra de las dos legislaciones aisladamente aprecia-

das. Toda ley, considerada en el conjunto de sus disposiciones, debe ser guardada en su unidad, y es necesario, por lo tanto, evitar que el juez tenga facultad para reunir las disposiciones más favorables de la ley anterior y de la posterior.

Los continuadores de Dalloz habían indicado que debía dejarse al acusado mismo el declarar preventivamente si quería ser juzgado según la ley anterior ó posterior, admitiendo, con relación á esto, un derecho de opción por parte suya. En cuanto á esta opinión, debemos hacer notar que en verdad no podría ser quitado al acusado el declarar por cuál de las dos leyes deseaba ser juzgado; pero en sustancia no podría esta declaración de su parte mermar el derecho del magistrado á juzgar y sentenciar con arreglo á la ley que él debe aplicar, y hallándose obligado á imponer la ley más benigna, subsistiría siempre la duda de si el magistrado debía considerar más benigna la una ó la otra de las dos leyes y los términos en que debía comparar las disposiciones de ambas para decidir cuál fuese la más favorable.

En nuestra opinión, la cuestión propuesta no puede ser resuelta por un principio absoluto en un sentido ó en otro; y cuando de la comparación de las dos leyes resulten dos términos disconformes, esto es, uno en que prevalezca el rigor y otro en que prevalezca la benignidad, debe estimarse imposible el fijar un principio absoluto y el dar una única definición de tal hecho jurídico, de por sí mismo variable.

Necesario es, pues, abandonar el propósito de querer fijar una fórmula abstracta y constante, puesto que estableciéndola y acogiendo una ú otra de las soluciones propuestas, no se podría evitar que la fórmula escogida fallase en determinados casos y resultase en contradicción con el principio mismo que le sirviera de fundamento. Se debe, por lo tanto, dejar al prudente arbitrio del magistrado el decidir, según los rectos criterios de justicia, cuál de las dos leyes debe ser considerada como más favorable. Teniendo, pues, como regla general que la aplicación simultánea á un mismo hecho de la ley anterior

y de la posterior se halla siempre en oposición con los principios jurídicos, porque revolvería todo el sistema penal sancionado por la una y la otra ley, conviene deducir como conclusión la necesidad de la comparación entre ambas para decidir ante todo la cuestión de la calidad y grado de la imputación, teniendo en cuenta las singulares circunstancias que pueden concurrir por cualquier modo á modificar en más ó en menos la índole, la gravedad y el grado de la imputabilidad, y completando el juicio con arreglo á la ley bajo cuyo imperio hubiese sido cometido el delito, aplicar y determinar la pena correspondiente según la misma ley. Podrá ser aplicada á éste, cuando haya sido determinado en especiales condiciones, la pena establecida por la ley nueva, como si hubiere sido cometido bajo su imperio, y hecha esta doble determinación y aplicación de la pena, debe escogerse entre las dos la más benigna.

13. Ahora debemos examinar la otra duda que puede surgir, en la hipótesis de que en el tiempo que medie entre la consumación del delito y el juicio haya sido promulgada una ley penal más favorable que la anterior y que la nueva. Esto supone la promulgación de dos leyes penales necesarias, una posterior á la vigente en el momento del delito, que imponga una pena mucho más benigna, y otra que estuviere vigente á la época del juicio y que haya establecido también una pena más benigna que la de la primera ley, pero más grave que la de la ley intermedia. En este caso, ¿podría admitirse que en virtud del principio de la retroactividad de la ley penal, más favorable al acusado, éste tenga derecho para aprovecharse de la ley intermedia, más conveniente para él, aunque al tiempo del juicio esté en vigor una tercera ley que haya establecido una pena menos severa que la primera, bajo cuyo imperio se cometió el delito, pero menos favorable que la de la ley intermedia?

Los que consideran como un derecho nacido á favor del delincuente el de aprovecharse de la mayor benignidad de

la ley, opinan que tal beneficio debe sostenerse aun en el supuesto de la ley intermedia más benigna, y he aquí los argumentos que aducen para sostener tal opinión. Si el reo, dicen ellos, hubiese sido sentenciado mientras estaba en vigor la ley intermedia, hubiera indudablemente tenido el derecho de ser castigado con la pena más benigna establecida por ella, y como la negligencia de la Autoridad pública en castigarle no puede redundar en su daño, es evidente que no puede privársele de ese derecho; la necesidad de la pena más severa para la defensa social no puede ser invocada en contra de ello, porque si el procesado hubiese sido juzgado estando vigente la ley intermedia, hubiera sido necesario aplicarle la pena más benigna, de lo cual deducen los sostenedores de dicha opinión que la ley intermedia debe aprovechar al delincuente que sea juzgado después de haber empezado á regir una ley más severa (1). Esta opinión encuentra también apoyo en la jurisprudencia.

A nuestro juicio, los sentimientos de humanidad y los de prudencia política podrán aconsejar, acaso, la aplicación de la ley penal intermedia más benigna; pero si se quiere, por el contrario, resolver la cuestión propuesta con arreglo á los principios generales del derecho y á los que hemos establecido como fundamento de la teoría que examinamos, no podría entonces sostenerse la retroactividad de dicha ley. En efecto, hemos dicho ya con relación al derecho perteneciente al poder público de castigar y de imponer aquellas penas que estime proporcionadas para establecer el orden jurídico, que no podía admitirse limitación alguna á dicha facultad fundada en derechos adquiridos por el delincuente. El derecho de castigar y la

---

(1) Mittermaier, *Arch. di Criminali*, pág. 194.—Hélie, pág. 194.—Trébutien. *Curso elemental de Derecho criminal*, pág. 83.—Canonico, *Del delito y de la pena*, pág. 94.—Carrara, *Programa*, § 760.—Haus, *Principes généraux du Droit penal belge*, vol. I, pág. 126, Gand., 1879.—Pessina, *Elementi di Dir. penale*, vol. I, página 100,

sanción de la pena proporcionada según los justos criterios del legislador son de orden público, y no puede, por lo tanto, admitirse el supuesto de derecho alguno adquirido por los particulares que venga á limitar así la absoluta potestad del legislador. Por el respeto debido á los principios de la justicia es por lo que no debe aplicarse la ley penal más severa, y por lo que ha de admitirse siempre la autoridad retroactiva de la ley más benigna; y siendo esto así, ¿cómo puede surgir la figura jurídica del derecho adquirido por parte del delincuente tan sólo por la consideración de haberse publicado en el tiempo intermedio entre el delito y el juicio una ley penal más benigna? Se dice, es cierto, que si el delincuente hubiese sido juzgado mientras ésta regía, le hubiera favorecido la mayor suavidad de la ley intermedia; pero sin que por esto se entienda contestar á dicha objeción, debemos observar solamente que el culpable no se aprovecharía de la ley intermedia más que por la consideración de que la soberanía no podía sin injusticia aplicar las disposiciones más severas mientras que con arreglo á la conciencia jurídica de la época era considerada la pena como exorbitante y no precisa para el restablecimiento del orden jurídico. ¿Podría sobre esto fundarse el derecho adquirido? Si en el momento de cometerse el delito no estaba en vigor la ley intermedia para poder fundar sobre ella el justo concepto de la expiación proporcionada al hecho cometido: si dicha ley no estaba tampoco en vigor al tiempo del juicio para fundar sobre ella el justo concepto de la pena necesaria para el restablecimiento del orden jurídico, ¿cómo podría surgir el derecho de demandar y obtener la aplicación de tal ley? No existiendo relación alguna entre el acusado y la ley intermedia, que no existiría para el hecho del delito ni para el hecho de la proporcionalidad de la pena en conformidad con la conciencia jurídica en el momento en que hubiere de ser pronunciada la condena, ¿cómo admitir la autoridad y la aplicación de semejante ley intermedia?

Para concluir, debemos repetir que la teoría por los contra-

rios expuesta puede ser justificada únicamente por razones de humanidad y de prudencia política; pero que de ningún modo es sostenible, á nuestro modo de ver, fundándose en los principios generales de la penalidad, y especialmente en aquellas por las cuales puede ser autorizada la retroactividad de la ley penal más benigna.

14. Quédanos ahora por examinar otro caso que puede dar lugar á grave discusión, cual es si el principio de la retroactividad de la ley penal más benigna puede tener aplicación, en la hipótesis de que haya sido impuesta ya por sentencia que hubiere llegado á ser irrevocable la pena más severa establecida por la ley anterior, cuando se dicte una ley nueva que fije una pena más benigna para el mismo delito declarado en la sentencia condenatoria referida.

Teniendo en cuenta la razón por la que se deben aplicar siempre las disposiciones más favorables de la ley que impere al tiempo del juicio, ¿debería admitirse del mismo modo que, que aun en el caso en que el culpable hubiere sido ya irrevocablemente condenado, debe aprovecharle el beneficio de la nueva ley para el efecto de disminuir la pena que estuviere cumpliendo?

Acerca de esta cuestión están en completo desacuerdo las opiniones de los autores, y también ha sido diverso el criterio seguido en los diferentes códigos. Respecto á la solución de la misma, según las legislaciones más recientes, creemos oportuno recordar que en los códigos publicados en estos últimos años no ha sido generalmente acogida la regla de la retroactividad de la ley penal más benigna respecto de la pena ya impuesta por sentencia que llegare á ser irrevocable. En efecto, el Código del Cantón-Ticino se limita á disponer, en cuanto á esto, que sólo puede admitirse la conmutación en el caso de que haya sido cambiada la clase de la pena (art. 8.º). El Código húngaro no sanciona la regla de la retroactividad de la ley penal más benigna en este caso (art. 2.º). En la ley transitoria de 1880 se encuentran trazadas únicamente algu-

nas reglas acerca de la conmutación de las penas que lleven consigo la privación de la libertad y que no sean admitidas por la ley nueva, y otras relacionadas con las consecuencias y los efectos propios de la condena con arreglo á la ley anterior, cuando fuesen incompatibles con las disposiciones de la nueva ley. El Código de Bélgica (art. 2.º), el de Holanda (art. 1.º), el de Portugal (art. 1.º), no establecen disposiciones relacionadas con esta cuestión. La ley transitoria holandesa de 15 de Abril de 1885 contiene algunas reglas para la conmutación de la pena perpetua, y para las otras penas establece la conversión de la antigua penalidad en la nueva, fijando los límites máximos dentro de los cuales debe ser contenida la misma. De este modo se propone dicha ley poner en armonía las penas establecidas por la antigua legislación con el máximum de las fijadas por el nuevo Código, para obviar así los inconvenientes de la discordancia entre la antigua legislación y la nueva, que tendía á rebajar en general la duración de todas las penas.

En Germania, cuando fué discutido ante la Dieta del imperio tudesco el Código penal para la Germania septentrional, que llegó á ser después el Código general de la nación, se propuso extender á los delincuentes ejecutoriamente condenados antes de entrar en vigor el nuevo Código el beneficio de las disposiciones más favorables establecidas por la ley nueva; pero esta proposición fué grandemente combatida. La mayor parte de los escritores estuvieron de acuerdo en sostener que después de la sentencia del juicio, que había adquirido la autoridad de cosa juzgada, no podía darse el caso de disminuir las penas, irrevocablemente decretadas, en virtud de una ley nueva; que esta misión podía ser, en efecto, concedida al Poder soberano, á quien competía únicamente la facultad de la gracia de indulto, pero que hubiera sido exorbitante concederlo al juzgador (1).

(1) Véase Mayer, *Der Entwurf eines Strafgesetzes für das Königreich Italien* (Wien, 1889), en cuya obra este insigne escritor critica el sistema contrario del

En la discusión de los varios proyectos del Código italiano esta cuestión fué largamente debatida, porque en los diversos proyectos propuestos se encontraba verdaderamente sancionada la regla de extender la aplicación de las disposiciones más favorables, aun en el caso de haber una pena impuesta por sentencia llegada á ser irrevocable.

En efecto; en el proyecto de 25 de Noviembre de 1876 presentado por Mancini á la Cámara de los Diputados, y que fué después discutido en 1877, se encontraba el § 4 del art. 2.°, que disponía lo siguiente: «Si la pena hubiese sido ya impuesta por sentencia que hubiere venido á ser irrevocable, se sustituirá por la que fuere más favorable, ya en cuanto á su especie, ya en cuanto á su duración, establecida por la ley posterior para el delito definido en la misma sentencia.» Esta disposición fué después mantenida en el proyecto que presentó Zanardelli en 1883, en el presentado también por Teciani el 23 de Noviembre de 1886 y reproducido después en el proyecto de Código actual presentado en 22 de Noviembre de 1887 por el mismo Zanardelli. Fué, sin embargo, muy viva la oposición por parte de la Comisión de la Cámara de los Diputados y de aquellos que discutían fuera de ella acerca de tal disposición; y fueron tales los argumentos expuestos para poner de manifiesto las graves dificultades que podrían originarse por la revisión de los fallos, que prevaleció la opinión de no extender la retroactividad de las disposiciones más favorables del nuevo Código á las sentencias irrevocables, y de reservar, por el contrario, á las disposiciones transitorias el proveer acerca de esto. Así en el Código actualmente vigente en Italia, que, como es sabido, ha empezado á regir en 1.° de Enero del corriente año, se dispone en el art. 2.°, que es el que establece la regla acerca de la retroactividad de la ley penal, que solamente cuando la ley

---

proyecto italiano.—Véase también Schwarze. *Handbuch des deutschen Strafrechts von Holtzendorff*, vol. II, pág. 27; Hälschner. *System*, I, pág. 41; Binding. *Handbuch des strafrechts*, I, pág. 212; Berner. *Lehrbuch*, núm. 118.

posterior haya eliminado del número de los delitos aquellos hechos que antes fueran punibles según la legislación anterior, será cuando deban ser aplicadas las disposiciones de la ley nueva á aquellos á quienes hubiere sido ya impuesta una condena irrevocable, debiendo cesar su ejecución y los efectos penales de la misma; pero que cuando, por el contrario, contenga la nueva ley únicamente disposiciones más favorables respecto de un delito, deben aplicarse tales disposiciones al acusado que no hubiere sido todavía sentenciado, ó que, de haberlo sido, no hubiere llegado á ser irrevocable la sentencia. El nuevo Código omite completamente lo que deba hacerse en el caso de que la sentencia llegue á ser irrevocable, y de aquí que no se encuentre en él la disposición contenida en los proyectos propuestos, sino que, por el contrario, se haya dejado el proveer sobre esto á la ley transitoria.

Dejando aparte ahora lo que las leyes hayan dispuesto acerca de esto, procuremos examinar, con ayuda de los principios, si la regla de la retroactividad debe ser estimada aun en el caso de que haya sido pronunciada una sentencia irrevocable.

15. Los que sostienen la opinión afirmativa dicen, que en virtud del mismo principio de justicia, por el que deben aplicarse las disposiciones más favorables de la legislación vigente al tiempo del juicio á los procesados que hubieren cometido un delito bajo el imperio de la ley más severa, debe también admitirse la reducción proporcionada de la pena en el caso de existir sentencia irrevocable. Sería, dicen ellos, una manifiesta contradición el admitir el principio de la retroactividad en el caso de estar pendiente el juicio y no aceptarlo en el de existir una condena, pues cuando el legislador ha declarado excesiva ó no necesaria, y por lo tanto injusta, la pena más severa establecida por la ley anterior, no se puede distinguir entre que haya recaído ó no sentencia; porque así como habría que considerar injusto el mantener la pena por todo aquel tiempo que excediese de la sanción fijada por la nueva ley, por condu-

cir esto á agravar la situación del culpable imponiéndole otra pena que la reconocida por el legislador como suficiente para la represión y castigo de aquel determinado delito, no podría con fundamento sostenerse, tratándose como se trata en esencia de un acto de justicia, que haya de parecer una injusticia esto cuando no ha recaído aún el fallo, y que deba, sin embargo, mantenerse por la sola consideración de haber recaído ya una sentencia. Añadamos, finalmente, que considerando el delito tal cual haya sido definido por la sentencia, y limitándose solamente á conmutar y suavizar la pena, para poner en esta parte la sentencia en armonía con la ley nueva, no vendría á privarse de autoridad á la cosa juzgada, sino, por el contrario, á hacer aquello que los mismos jueces hubieran debido hacer si el culpable que había cometido el delito estando vigente la ley anterior, en vez de haber sido ya juzgado cuando se promulgó la ley nueva, se hubiese hallado todavía en condiciones de ser sometido al juicio.

Por otra parte, añaden dichos autores, que exagerando así hasta el exceso la autoridad de la cosa juzgada en materia penal y reputándola intangible, á pesar de sobrevenir nuevas leyes y nuevos códigos más benignos, sería necesario, para ser lógicos, respetar del mismo modo la cosa juzgada, en el caso de que la sentencia hubiese condenado por un hecho que, según la nueva ley, hubiera dejado de pertenecer al número de los delitos, y admitir, por lo tanto, que en este caso el condenado por sentencia irrevocable debería sufrir la pena impuesta en dicha sentencia por el respeto debido á la autoridad de la misma. Sin embargo, todos de acuerdo rechazan esto por la justísima consideración de que, así como ninguno puede ser penado por un hecho que la nueva ley no estime como delito, tampoco podría ser obligado, sin notoria injusticia, á cumplir la pena que por dicho hecho le hubiere sido ya impuesta. Por esta razón creen los sostenedores de la opinión que exponemos que el legislador faltaría á un deber de justicia si no proveyese á limitar, con arreglo á los criterios más justos de la nueva

ley, las penas que se estuvieren cumpliendo, porque él no podría inexorablemente exigir aquella mayor parte de penales sufrimientos estimados por el mismo innecesarios para los fines sociales.

16. A nuestro juicio, la doctrina de la retroactividad de la ley penal más benigna responde á los dictados de la razón y á los principios fundamentales de la justicia penal; pero á la vez entendemos que la fuerza de la cosa juzgada y el respeto que á ella se debe, han de ser considerados como una garantía de orden y de seguridad social, por lo que no puede admitirse que la regla de la retroactividad haya de ser aplicada, si por su aplicación pudiera menoscabarse la autoridad de la cosa juzgada.

Conviene advertir además que todo sistema penal se informa en criterios múltiples y complejos. En efecto, cuando una ley nueva mitiga la pena, se inspira en conceptos diversos, porque en ciertos casos modifica los elementos mismos del delito, y reconoce como causa de excusa circunstancias que no eran estimadas como tales en la legislación anterior; en otros casos se excluye del número de las circunstancias agravantes algunas de las que según la legislación anterior tenían este carácter, ó exige para su apreciación condiciones que según la anterior ley no eran exigidas. Así, pues, cuando el legislador sustituye á una pena más grave una pena más benigna, establece frecuentemente un nuevo método de penalidad por el que consigue realizar la necesidad de volver á examinar bajo su aspecto jurídico todas las causas que motivan la imposición de la pena, para decidir después de qué manera debe ser proporcionalmente mitigada. Ahora bien: fácilmente se comprende que con tal fin ocurriría establecer un nuevo juicio y la revisión de la cosa juzgada para decidir después cómo el sistema más benigno de penalidad de la ley nueva debería ser sustituído por el de la ley anterior. El juez, por ejemplo, que imponiendo según la ley anterior el mínimum establecido por la misma, por representar éste en su conciencia la pena

justamente debida, ¿habría necesariamente aplicado también el mínimum más benignamente fijado por la ley nueva, si rigiendo ésta hubiere debido fallar? ¿Puede asegurarse que no habría sentido, por el contrario, la necesidad de no ajustarse al mínimum en el caso de estar vigente la ley nueva? Necesario sería descender al examen del hecho concreto objeto del proceso, investigar los motivos y las razones que aconsejaron la imposición de aquella pena determinada, y del mismo modo por tales motivos habría podido obtenerse el resultado de las discusiones y veredictos, encaminar la investigación en los unos y en los otros, para deducir cuál haya de ser el criterio regulador de la pena, considerar nuevamente qué valor hayan tenido en la conciencia del juez las circunstancias eximentes ó atenuantes, el carácter de las personas, su condición social, y en una palabra, todo aquel cúmulo de elementos que fueron ya apreciados y que motivaron la imposición de la pena. Ocurriría en otro caso determinar en la justa proporción todas las resultancias del hecho en relación con la ley nueva, para deducir de aquí la pena más benigna, que según ésta habría debido ser pronunciada, y restringir la pena impuesta, teniendo en cuenta los términos más benignos establecidos por la ley nueva. Resulta de todo esto evidente que si bien no es indispensable un nuevo juicio formal, sería inevitable un nuevo examen de las resultancias del hecho en virtud de las que hubiese sido dictada la sentencia y quedaría inevitablemente mermada la autoridad de la cosa juzgada, que debe ser siempre mirada como base indiscutible del orden social, que descansa en gran parte en la eficacia ó en la fuerza indestructible de los fallos, irretractables en materia penal.

Apreciando atentamente todas estas graves dificultades que surgen inevitablemente en la práctica, fácil es convencerse de que si fuese posible con arreglo á los principios de la justicia ó de la equidad justificar la extensión de la regla de la retroactividad de la ley más benigna posterior á los efectos de las condenas precedente y definitivamente impuestas, el peli-

gro de la justa vigencia de la misma regla y el temor de las graves consecuencias que de ella pueden derivarse, habida consideración á lo incólume del principio del orden público, surgirían necesariamente de excluir la aplicación de la ley nueva más benigna, cuando hubiese sido ya impuesta la pena con arreglo á la ley anterior, en virtud de una sentencia que hubiese llegado á ser irrevocable.

Nos parece, pues, que no puede aceptarse la opinión contraria, fundada en sentimientos de humanidad, y entendemos que no puede ser aplicado el principio de la retroactividad á los hechos terminados ya en virtud de las leyes anteriores y á la reducción de las penas impuestas que estuvieren ya cumpliéndose. Sostenemos esta misma opinión aun en el supuesto de que la nueva ley haya subrrogado á la pena perpetua establecida para un determinado delito la pena temporal; y siempre por la necesidad de mantener invulnerable la autoridad de la cosa juzgada, opinamos que en esta hipótesis podría encontrarse el remedio eficaz en el derecho de la gracia de indulto, sin tener que torcer para ello el principio de la irrevocabilidad del fallo.

Solamente en el caso de que la ley nueva haya excluído del número de los delitos una acción penada como criminosa por la ley anterior, admitiríamos que deben cesar de derecho los efectos de las condenas irrevocables, porque en este caso vendría á faltar por parte de la soberanía el derecho de mantener los sufrimientos penales contra el condenado, y no existiría la acción del juez para pronunciar las nuevas penas más benignas según la ley posterior, sino que, por el contrario, vendría á cesar de pleno derecho todo ministerio penal.

Admitimos, por el contrario, que la influencia de la nueva ley penal más benigna pueda extenderse del mismo modo á los condenados irrevocablemente, en cuanto concierne á los efectos y á las consecuencias de las condenas. Esto, en efecto, no es otra cosa que la aplicación del principio general de que la ley penal más benigna debe tener autoridad retroactiva y no implica, por lo tanto, la modificación ó revisión del fallo. Los

efectos y las consecuencias legales de las condenas son en verdad un accesorio de la pena, y consisten ó en las ulteriores privaciones á que puede ser sometido el condenado que haya cumplido la pena principal (como, por ejemplo, la sumisión á la vigilancia de la policía ó á determinado domicilio), ó en las penas accesorias que ha de sufrir desde el momento en que haya sido condenado á la pena principal (como son, por ejemplo, la interdición para los oficios públicos, la pérdida de algunos derechos civiles, entre ellos la capacidad de administrar los bienes ó de disponer de ellos por testamento).

Se comprende fácilmente que estas consecuencias, aunque sean otros tantos elementos de la punición y de la condena, pueden ser, sin embargo, modificados por la promulgación de una ley más benigna, porque no vendría así á mermarse la autoridad y la eficacia de la cosa juzgada, sino á regular las consecuencias legales que se derivan del estado jurídico del condenado, admitiendo con relación á él los más justos criterios sancionados por la ley nueva.

17. Réstanos ahora examinar la cuestión transitoria que puede surgir en el caso de que la ley nueva haya cambiado las reglas acerca de la prescripción.

Las modificaciones de la ley nueva, respecto á la prescripción, pueden tener por objeto la acción penal ó la pena. Con relación á la primera puede suponerse que la nueva ley haya modificado las reglas sobre la admisibilidad ó inadmisibilidad de la prescripción respecto de un delito determinado, ó sobre las condiciones exigidas para que sea eficaz, ó finalmente, sobre el tiempo y el término para que tenga efecto.

Los escritores que han examinado esta cuestión han llegado á conclusiones distintas, porque unos han considerado la prescripción como una ley de procedimiento y de forma, y otros como una ley sustantiva, admitiendo, por lo tanto, en su virtud el concepto del derecho adquirido por parte del delincuente.

Los que han considerado las disposiciones relativas á la prescripción entre las de forma ó de procedimiento, han opi-

nado que debía aplicarse siempre la ley nueva á todas las prescripciones en curso en el momento de su promulgación, en virtud de la regla general de que todas las leyes procesales deben ser reputadas retroactivas por su naturaleza. Contra este sistema, sin embargo, se ha opuesto la consideración de que aun admitiendo el principio citado no puede empeorarse la posición del delincuente, el cual, á pesar de haber podido completar la prescripción comenzada bajo el imperio de la ley precedente en los términos más breves fijados por ella, quedaría, por el contrario, sujeto á la persecución penal por la mayor duración fijada en la ley nueva, aun cuando estas disposiciones de ella, que conciernen á la sustancia de la acción penal, no estaban en vigor al tiempo en que fué cometido el delito. Excluyendo también la idea de todo derecho adquirido por parte del reo, como la hemos excluído ya (porque no podemos admitir ningún derecho adquirido por parte de los particulares frente al que la soberanía considere indispensable para mantener el orden jurídico), se puede, sin embargo, sostener que la aplicación de la ley nueva acerca de la prescripción de la acción penal, cuando ella haya prolongado la duración de la misma, equivale á dar á la ley penal una autoridad retroactiva en lo que concierne á la sustancia misma de la punibilidad, perjudicando así la suerte del delincuente y admitiendo respecto de él un derecho de castigar, que por la mayor duración establecida en la ley nueva no se podría considerar en vigor y promulgada cuando el delito fué cometido.

Por el contrario, los que han considerado la prescripción como una ley sustantiva, opinan que debe siempre aplicarse la ley antigua, aduciendo como principal fundamento de dicha opinión, que el reo debe en todo caso sufrir la posición que el mismo se hubiere creado con la comisión del delito. En contra de esta opinión se ha sostenido, sin embargo, que las consideraciones de orden público que naturalmente dominan en materia de prescripción constituyen un obstáculo para aplicar siempre la ley antigua, puesto que si la ley nueva fuese menos

rigurosa respecto de la prescripción, se vendría á sujetar al delincuente á la ley más severa, modificada en la materia en conformidad á los más justos criterios sancionados por la nueva.

Merlín, que ha querido llevar al derecho penal los mismos criterios mantenidos por él en el civil, creó un sistema mixto admitiendo una especie de razón compuesta del tiempo exigido por la antigua y por la nueva ley y del tiempo transcurrido entre la consumación del delito y la publicación de la última de tales leyes. Dicho autor opinaba que la diferencia entre la resultante de esta proporción y el término nuevamente fijado debía representar el tiempo que necesitase el culpable para completar la prescripción, y defendió dicha opinión mientras ejerció el cargo de Procurador general en la Corte de Casación de París, cuando se verificó el cambio de la legislación penal de 25 de Septiembre de 1791 por la promulgación de la ley del 3 Brumario, año IV, y después por la de 1808 (1). Sin embargo, después modificó dicho autor este sistema que realmente no tenía fundamento jurídico.

18. A nuestro juicio, con arreglo á los principios que sirven de fundamento á toda la teoría expuesta sobre la retroactividad de la ley penal más benigna, debe admitirse que también para lo concerniente á la prescripción debe considerarse retroactiva la nueva ley si fuere más favorable al reo que la precedente, y que no debe serlo si, por el contrario, resultare más perjudicial que ella. Aunque sostenemos esta opinión, no por eso acogemos la injustificada teoría antes consignada de aquellos

---

(1) Véase *Repertorio*; voz *prescripción*, sec. 1.ª, § 3, 10.

He aquí cómo se establecía tal proporción. Supongamos, por ejemplo, que con arreglo á la ley antigua fuesen necesarios para la prescripción diez años, y con arreglo á la ley nueva se necesitasen veinte, y que hubiesen transcurrido seis años desde la consumación del delito: 10 : 6 : : 20 : 12. Para llevar á cabo, por lo tanto, la prescripción no serían necesarios los catorce años precisos para cumplir el término de la nueva ley, ni los cuatro que faltarían según la antigua, sino ocho años.

que entienden debe admitirse en esta materia el pretendido derecho adquirido por parte del delincuente, pues ya hemos dicho más arriba por qué motivos no puede reconocerse ningún derecho adquirido enfrente de la penalidad establecida por la ley. Por el contrario, admitimos este principio, fundándole en los mismos motivos de justicia en que descansa el derecho de castigar mirado como derecho supremo de la soberanía.

En efecto, cuando la ley nueva haya disminuído el tiempo exigido para la prescripción ó haya hecho más fáciles las condiciones establecidas para llevarla á cabo respecto de un delito determinado, resulta claro que la disminución aceptada por la nueva ley implica un reconocimiento por parte de la soberanía de ser injusta la mayor severidad de la legislación anterior en cuanto á las disposiciones concernientes á la sustancia de la acción penal. Por lo tanto, se pondría en contradicción consigo misma la soberanía si tratase de ejercer su derecho bajo las condiciones de la ley anterior, que la conciencia jurídica nacional había reputado ya gravosas, y por lo tanto injustas. La necesidad, pues, de aplicar la nueva ley penal más benigna, descansa sobre el concepto de que la soberanía no puede ejercitar el magisterio penal más que dentro de los límites reputados justos por ella misma en el momento en que le ejercita.

Por el contrario, cuando la nueva ley sobre prescripción penal sea más rigurosa que la anterior, ya en lo relativo á la admisibilidad de la prescripción misma, ya en lo referente á los requisitos y á la duración de ella, se debe evitar que dicha ley pueda ser aplicada á delitos cometidos antes de su promulgación, no ya porque el delincuente haya adquirido cualquier derecho á impedirlo, sino por las razones antes expuestas. ¿En qué podría, en efecto, fundarse el delincuente para pretender impedir aquello que la soberanía tiene derecho á hacer para amparar el orden jurídico? No se hable, pues, de derechos adquiridos por el delincuente, sino dígase y muy alto que la razón de ello está en el principio de que la soberanía no puede,

sin cometer una injusticia, aplicar la disposición más severa en materia de prescripción; y no lo puede hacer porque en todo el sistema de la penalidad ninguna pena puede ser justamente aplicada si no hubiere sido previamente promulgada, y aun el derecho mismo de penar no puede surgir sino en virtud de una ley promulgada en vigor é infringida en el momento en que el delito hubiese sido cometido. La ley más rigurosa en materia de prescripción alarga el campo de la acción penal y afecta á la sustancia de la misma, porque fija la base y la esfera del derecho punitorio. ¿Y puede hacer todo esto la soberanía sin una ley? ¿Puede ella, sin cometer una injusticia, extender la autoridad de la ley nueva á actos terminados antes de que la misma hubiese sido promulgada? Del mismo modo que la soberanía no puede castigar los hechos que no hayan sido expresamente calificados como delito por la ley anterior, ni castigar con las penas más severas sancionadas por ella los hechos terminados antes que tales penas hubiesen sido establecidas y promulgada la ley que las autorice, así tampoco puede extender la acción penal (es decir, su derecho de castigar) por virtud de la ley posterior, aplicando á hechos terminados antes de su promulgación las disposiciones menos favorables establecidas por la misma en materia de prescripción.

En efecto, para todo lo que con arreglo á la ley nueva disminuya la duración del tiempo precedentemente fijado para producir la prescripción, ó que agravare las condiciones exigidas para ello, la soberanía vendría á ejercitar el derecho de castigar respecto de actos anteriores terminados antes de la promulgación de la nueva ley, y resulta evidente que no puede ser concedido á la soberanía tal derecho.

De todo lo expuesto deducimos como conclusión, que por los mismos motivos de justicia, en virtud de los que deben regular todos los elementos del juicio penal las disposiciones más benignas de la ley nueva, siempre que no exista una sentencia que haya llegado á ser irrevocable, debe admitirse también la aplicación de la ley nueva, menos severa, en materia de

prescripción, y sostenemos este mismo principio aun en el caso de que las modificaciones de la ley se refieran á la prescripción de la pena, porque en sustancia la prescripción de la pena equivale á la prescripción de la acción penal.

19. Para completar la exposición de los principios relativos á la retroactividad de las leyes penales, deberíamos examinar ahora todo lo que concierne al procedimiento penal; pero consideramos más conveniente dejar esta materia para el capítulo que sigue, en el que nos ocuparemos de las leyes procesales en general.

DE LA RETROACTIVIDAD É IRRETROACTIVIDAD

DE LAS LEYES DE PROCEDIMIENTO EN LOS JUICIOS CIVILES

CAPÍTULO PRIMERO

PRINCIPIOS GENERALES ACERCA DE LA AUTORIDAD DE LAS LEYES NUEVAS DE PROCEDIMIENTO

Las disposiciones legislativas, que pueden ser comprendidas bajo la denominación general de leyes de procedimiento civil, se refieren, principalmente, á las formas procesales de los actos que deben ser observados por aquellos que, mediante el concurso del Juez competente ó de cualquiera otra Autoridad pública, tratan de obtener la sanción judicial de sus propios derechos respecto de las personas obligadas con arreglo á la ley, ó de hacer decretar de igual modo los medios legales para poder sujetar á las mismas á la observancia de sus obligaciones jurídicas.

El procedimiento legal, mediante el que cada uno puede, según las circunstancias, hacer que se reconozcan sus propios derechos y obtener la defensa legal de los mismos por la Autoridad judicial y por los demás funcionarios á quienes las leyes atribuyen este poder, es ordenado y regulado por el Código de procedimiento civil, el cual rige, no sólo el proceso contencioso civil, sino también la ejecución forzosa de la sentencia pronunciada por el Magistrado.

Todos los legisladores, con este objeto, han procurado del mismo modo determinar y regular los actos procesales, por

cuyo medio puede obtenerse, con el concurso judicial, la conservación de un determinado derecho, ó bien subordinarse el aseguramiento ó ejercicio de un derecho adquirido y no controvertido á ciertas formalidades procesales que deben ser observadas por aquel á quien corresponde el derecho para obtener el resultado de mantener la fuerza jurídica del mismo: de modo que el cumplimiento de los requisitos exigidos viene á constituir una condición necesaria para asegurar en el porvenir el valor jurídico del derecho adquirido y no controvertido.

Son también, igualmente, actos procesales aquellos que el legislador declara indispensables para poner en ejercicio un acto jurídico, por cuyo medio puede efectuarse una modificación cualquiera de la condición personal (como sucede, por ejemplo, en el caso de la emancipación ó de la adopción, del reconocimiento de la prole natural), ó bien realizarse una alteración de las relaciones patrimoniales (como ocurre con el nombramiento de un curador judicial), ó acordarse solamente una confirmación, una pública testificación ó información en ciertos negocios que, sin controversia entre partes, son sometidos, sin embargo, á la sanción judicial, como, por ejemplo, la omologación de un contrato. Estos son, en general, los actos del procedimiento llamado de jurisdicción voluntaria, á los cuales se les denomina así porque la Autoridad pública ejercita la jurisdicción que las leyes le conceden en los asuntos que no ofrecen contestación ni contienda de ningún género.

Finalmente, son también actos procesales aquellos que tienen por objeto la observancia de ciertas formalidades precisas para el cumplimiento de los deberes que la ley impone á las personas, como son, por ejemplo, las impuestas para la notificación del nacimiento, de la muerte, de la denuncia de las cosas halladas, etc., etc.

El principio aceptado por la generalidad de que las leyes de procedimiento son, por regla general, retroactivas, quiere decir que extienden su autoridad, no sólo á los derechos adquiridos antes de su promulgación, sino también á los que lo

fueren después, y deben, por lo tanto, ser aplicadas para regular el procedimiento comenzado antes de empezar á regir la ley nueva, y en cuanto á los que tengan principio después, no pueden dejar de estar sometidos á ella, sino en determinados casos.

En efecto, las formas del procedimiento, que son las que tienden á la conservación y al ejercicio de los derechos precedentemente adquiridos, deben reputarse siempre dentro del dominio del legislador, porque así como respecto á las formalidades externas exigidas para la conservación y ejercicios de los derechos particulares no puede admitirse ningún derecho creado, ni es dado limitar el poder perteneciente al legislador para mudar y mejorar los modos de proveer á dichos fines, del mismo modo fácilmente se comprende que deben tener inmediata aplicación las nuevas leyes que vienen á sancionar las nuevas formas procesales para la conservación y el ejercicio de los derechos precedentemente adquiridos, y admitido esto, no puede menos de reconocérseles autoridad retroactiva.

Todo lo que afecta al fondo del derecho debe ser siempre inviolable y no puede atacársele en lo más mínimo sin incurrir en retroactividad de la nueva ley que lo establezca; pero la parte de pura formalidad, que concierne á la conservación y ejercicio de los derechos sin tocar para nada al fondo de los mismos, debe ser sometido á las disposiciones que rijan al tiempo en que se quiera ejercitarlos ó conservarlos.

Existen, sin embargo, leyes procesales que afectan al fondo del derecho y la autoridad de éstas, respecto de los precedentemente adquiridos no puede ser admitida sin incurrir en retroactividad. Esto sucede, entre otros, con los derechos que pueden ser adquiridos en virtud de un acto procesal terminado ya, pues por el principio general de derecho, del respeto á los derechos creados, necesario es también aceptar que la nueva ley procesal no puede violar sin injustificada retroactividad los derechos nacidos mediante un acto de procedimiento acabado y completo antes de haber empezado á regir la misma. Del

mismo modo y por la misma razón, tampoco puede ser desconocido sin injusta retroactividad el derecho de derivar del acto procesal, perfeccionado y completo cuando estaba en vigor la ley antigua, los efectos jurídicos que según dicha ley podían obtenerse de él.

Todo lo dicho hasta aquí viene evidentemente á demostrar cuán indispensable es en esta materia examinar con toda atención el objeto y la naturaleza de las leyes procesales y su eficacia, con relación á la conservación ó el ejercicio de los derechos adquiridos ó con la conservación de los derechos, para poder determinar después cuál deba ser la autoridad de la ley nueva que establezca nuevas formas procesales.

Interesa, ante todo, considerar que en el Código de procedimiento civil se encuentran también disposiciones que no se refieren á la ritualidad del procedimiento, sino que, por el contrario, afectan á la sustancia misma del derecho, y tales disposiciones no pueden ser enumeradas entre las que conciernen al procedimiento y á la observancia de las formas establecidas para el ejercicio de los derechos, debiendo, por el contrario, ser comprendidas entre las que se contraen y hacen relación al contenido del derecho mismo y sometidas en tal concepto á las reglas del derecho transitorio que han de regir los derechos privados pertenecientes á cada una de las personas, en vez de serlo á las que deben regular el procedimiento civil contencioso.

Por vía de ejemplo, podemos citar los siguientes: el art. 581 del Código de procedimiento civil francés, que dispone que no son secuestrables las sumas y objetos disponibles, declarados insecuestrables en el acto mismo por el que fueron donados ó en el testamento, y el art. 834 del mismo Código, que establece que el acreedor que tuviere hipoteca ó privilegio sobre el inmueble antes del acto traslativo de la propiedad no puede hacer valer sus derechos si no se realiza la inscripción dentro de los quince días siguientes, á contar desde el de la transcripción del acto traslativo. Ahora bien: resulta evidente que dichas dispo-

siciones, aunque contenidas en el Código de procedimiento civil, no hacen relación á las formas del mismo, y por lo tanto, no se podría aplicar respecto de ellas las mismas reglas que á las leyes procesales, sino aquéllas que hemos expuesto acerca de los derechos civiles provenientes de los actos jurídicos incoados con anterioridad á la promulgación de la ley nueva.

Del mismo modo, la cuestión relativa á la graduación que debe atribuirse á determinados créditos en un juicio de concurso, incoado durante la vigencia de cierta ley ó de cierto orden de graduación, no puede ser resuelta seguramente, ateniéndose á la norma ó á los principios que regulen la retroactividad de las leyes procesales, pues en efecto no puede ser considerada la cuestión de dicha graduación como de orden puramente procesal y sometida, por lo tanto, en dicho concepto, á la legislación vigente en el día en que hubiese tenido principio el juicio de graduación ó se hubiera incoado el concurso de acreedores, sino que necesario es ver en todo esto una contienda que afecta al contenido mismo del derecho; puesto que en resumen su objeto se reduce á determinar la fuerza y extensión de la garantía real adquirida por el primer acreedor respecto de los posteriores á él, y esta determinación debe ser independiente de cuanto dispongan las leyes que estén en vigor en el momento en que se entable el procedimiento de concurso y se pronuncie la sentencia de graduación, sino que, por el contrario, es necesario se atenga á las reglas que deben regir los derechos adquiridos por medio de la convención.

Finalmente, conviene también tener en cuenta que los actos procesales propiamente dichos, esto es, aquéllos que sirven para hacer valer y volver eficaz la fuerza jurídica de los derechos creados, no pueden ser reputados en general como conexos con éstos, puesto que no pudiendo estimarse la ritualidad del procedimiento como efecto ni como consecuencia del derecho perteneciente al individuo, debe ser reputado por completo extrínseco ó extraño al mismo. Pertenece, por lo tanto, á la soberanía del legislador el determinar los actos procesales

apropiados á los varios fines jurídicos con los cuales están en la misma correlación del medio al fin, y ninguna limitación puede admitirse en cuanto á dicha facultad de la soberanía, pues si bien á los particulares corresponde el derecho de obtener la sanción judicial de todo vínculo ó relación jurídica pertenecientes á los mismos, por el contrario, el régimen ó la ordenación del procedimiento oportuno á tal objeto cae de lleno en el dominio pleno y absoluto de la soberanía misma, la cual puede, en todo tiempo, perfeccionar los medios adoptados por la misma para ello, ya se trate del procedimiento contencioso, ya del llamado de jurisdicción voluntaria.

En cuanto al primero, no cabe establecer diferencia alguna respecto de la aplicación de las nuevas leyes procesales en todos los casos en que nazca contención, después de estar en vigor las mismas. En estos casos no es posible admitir que haya de estarse al procedimiento establecido por las leyes anteriores, sin que baste para ello la consideración de que tal procedimiento fuera ordenado para hacer eficaces los derechos creados bajo el imperio de la misma.

Si bien hemos dicho que no cabe admitir que las formas procesales formen parte del objeto de los derechos adquiridos por los particulares, desde luego se comprende que este principio sólo puede ser sostenido como absoluto y sin contradicción respecto de los procedimientos que hayan de ser promovidos después de la vigencia de la ley nueva para hacer valer derechos creados bajo el imperio de la legislación precedente; pero no sucede lo mismo, en todo caso, en cuanto á los procedimientos comenzados ya cuando estaba en vigor dicha legislación y que deban ser perseguidos y terminados después de empezar á regir la ley nueva.

En efecto; en tal supuesto, puede surgir la figura del derecho creado y la de su desenvolvimiento ó desarrollo posterior, y, por lo tanto, aceptado el principio de que debe considerarse en el pleno y solo arbitrio del legislador el regular la continuación de los procedimientos ya empezados, es también admitir

que, sin pecar de injustificada retroactividad, deben hacerlo, pero respetando los derechos que á la sazón estuvieren adquiridos con ocasión ó por efecto de anteriores actos procesales, y respetando del mismo modo los verdaderos y propios derechos procesales creados cuando la figura jurídica de éstos deba ser reconocida según las reglas racionales de derecho transitorio que expondremos más adelante.

De lo expuesto anteriormente se deduce que para ser desenvuelta cuidadosa y rectamente la teoría de la irretroactividad de las leyes hay que distinguir muy especialmente las leyes propia y verdaderamente procesales de aquellas que no pueden ser reputadas como tales por la consideración de que los actos de procedimiento son conexos con la sustancia misma del derecho precedentemente adquirido. Y conviene además establecer para ello el concepto del derecho creado en virtud de los actos mismos procesales, á fin de que al aplicar las reglas generales relativas á la retroactividad de las leyes de procedimientos, se puedan perfectamente determinar las justas limitaciones que deban admitirse por razón del respeto debido á los derechos adquiridos con anterioridad.

CAPÍTULO II

TEORÍA DEL DERECHO CREADO EN MATERIA DE PROCEDIMIENTO

Para poder determinar de qué modo puede ser limitada, por razón del respeto debido á los derechos adquiridos, la regla fundamental de que toda ley nueva en materia procesal debe ser inmediatamente aplicada, conviene ante todo establecer la manera cómo puede surgir en el campo del procedimiento la figura del derecho creado.

En primer término, debe observarse que el derecho de entablar determinados actos de procedimiento establecidos, como medio á fin, para el objeto de poner en ejercicio la fuerza jurídica de un hecho ó de un negocio civil cualquiera, puede ser

adquirido por una persona al mismo tiempo ó en el mismo momento en que adquiere el derecho principal de cuya realización se trate.

Esto constituye el derecho creado en el orden procesal; pero entiéndase bien que no decimos que ese derecho haya de tener esta ó la otra forma determinada de procedimiento, sino que únicamente nos referimos al derecho, á la acción judiciaria, la cual debe ser considerada como un derecho creado, y en tal concepto, inviolable al igual del derecho mismo, cuya fuerza jurídica se quiera establecer, en cuanto dicha acción es por sí misma un medio legal concedido por la ley á aquel á quien pertenece el derecho para establecer la fuerza jurídica del mismo, para exigir su respeto ante los Tribunales y para obligar á su cumplimiento al deudor que trate de desconocerlo.

Si se tiene en cuenta que tanto vale un derecho cuanta sea su fuerza jurídica, se comprenderá desde luego que la acción judiciaria aceptada por la ley para establecer la fuerza jurídica de un derecho debe ser considerada como identificada con la existencia del mismo derecho, y debe ser reputada inviolable cuando pueda estimarse legalmente adquirida en el momento en que nace el derecho principal.

Toda la dificultad en esta materia está en determinar y fijar bien cuándo debe ser reputada la acción judiciaria por sí misma como un derecho adquirido. Aparece, en efecto, bien claramente que la citada acción debe ser considerada como una facultad concedida por la ley para valerse de determinado medio á fin de establecer legalmente un derecho, y de aquí que se sostenga generalmente que deben ser aplicadas, aun á los derechos precedentemente adquiridos, las leyes que no conciernen al derecho que se quiera hacer valer, sino á las acciones judiciarias, mediante las que se propone el interesado obtener dicho resultado; y por consecuencia las acciones de esta clase concedidas por una legislación anterior pueden ser derogadas ó suprimidas por una ley posterior, aun respecto de los nego-

cios terminados antes de su promulgación y á los derechos precedentemente adquiridos, toda vez que al legislador corresponde ampliamente regular el procedimiento judicial y la admisibilidad ó inadmisibilidad de las acciones que, según se ha dicho en otra ocasión, se hallan en la propia relación de medio á fin.

En conformidad con este principio, es también doctrina corriente que solamente puede ser excluída la aplicación de la ley nueva respecto de las acciones permitidas por la legislación anterior que hubieren sido puestas en ejercicio antes de empezar á regir la ley nueva que las declare inadmisibles, como sucede respecto de las facultades legales, las cuales, cuando son ejercitadas constituyen un derecho creado, y constituyen del mismo modo tal derecho las acciones cuando el ejercicio de ellas hubiera tenido principio bajo el imperio de la ley antigua que tales aceiones admitiera, debiendo igualmente admitirse en esta hipótesis el derecho de proseguir el procedimiento incoado á pesar de que la ley nueva haya declarado inadmisible la acción judiciaria ejercitada. Pero fuera de estos dos casos, la admisibilidad ó inadmisibilidad de las acciones debe someterse al imperio de la ley nueva, y ésta, sin incurrir en injusta retroactidad, debe ser aplicada á cualquiera contención proveniente de hechos ó actos anteriores á la misma. Esto, sin embargo, no se puede sostener en todos los casos, pues la acción judiciaria no debe siempre ser asimilada á una mera facultad legal.

Interesa mucho tener en cuenta que existen acciones que se hallan establecidas principalmente para adquirir mediante ellas un especial derecho, y por lo tanto, es evidente que las que tiendan á este objeto no deben ser consideradas de otro modo, más que como una mera facultad legal, y de aquí que no puede admitirse respecto de ellas ningún derecho creado que limite el ejercicio hecho antes de la promulgación de la nueva ley que hubiere cambiado las reglas de procedimiento.

Asi, por ejemplo, la acción para obtener un secuestro con-

servativo ó una cancelación de hipoteca no puede ser ejercitada en virtud de la legislación anterior, bajo cuyo imperio hubiere nacido el derecho que quiera garantirse ó la obligación hipotecaria que se trate de cancelar. La razón de esto consiste, como hemos dicho, en que en tales casos la acción no tiende á establecer por si misma la fuerza jurídica de un derecho adquirido, sino más bien á adquirir mediante ellas un derecho especial como es el de la garantía en el primer ejemplo y el de la cesación de la obligación en el segundo, en cuya virtud debiendo ser considerada como una simple facultad legal, fácilmente se deduce que si no hubiere sido ejercitada antes de empezar á regir la ley nueva que la declare inadmisible no puede serlo después. Solamente es admisible en tal supuesto que si la acción para obtener el secuestro hubiere sido entablada mientras regía todavía la legislación anterior (y lo mismo debe decirse de la relativa á la cancelación de hipoteca), pudiera el interesado proseguir el procedimiento aun después de estar en vigor la ley nueva, por la consideración de que el ejercicio hecho ya de una facultad legal engendra siempre un derecho creado, cual es el de proseguir los procedimientos legalmente iniciados, salvo el caso de que la ley nueva lo haya expresamente prohibido.

Otras acciones hay que, aun cuando no tienden á ejercer una facultad legal, deben, sin embargo, sujetarse á las mismas reglas de retroactividad á que se someten las facultades legales. Así sucede, por ejemplo, con la acción para obtener la disolución del matrimonio mediante el divorcio, la cual, cuando fuese declarada inadmisible por la ley nueva que, para determinado caso, no podría ser ejercitada en virtud de la legislación anterior que la permitiera, puesto que el derecho mismo de promover la disolución del matrimonio no puede ser considerado como un derecho creado, sino como una pura facultad legal, y por lo tanto, debe del mismo modo reputarse la acción y no cabe que se admita su ejercicio, si la nueva ley la hubiese declarado inadmisible.

Puede, finalmente, suceder que la acción judiciaria no deba ejercitarse, en virtud de la legislación anterior, cuando la ley nueva haya hecho cesar el objeto mismo del derecho con el que haya de reputarse correlativo dicha acción. Así, si la ley nueva hubiere sancionado que deban formar parte del dominio público ciertas cosas que según las leyes anteriores podían ser consideradas en el dominio privado, en tales casos no podría ser ejercitada seguramente, fundada en la legislación anterior, la acción reivindicatoria de aquellas cosas comprendidas por la ley nueva entre las pertenecientes al dominio público.

La acción judiciaria puede, por el contrario, obedecer al objeto de establecer la fuerza jurídica de un derecho creado, existente y perfecto, perteneciente á los particulares en virtud de la legislación anterior, bajo cuyo imperio hubieren sido adquiridos, y en este supuesto constituye también un derecho creado, toda vez que de ella depende la fuerza jurídica del derecho adquirido y perfecto; no pudiendo admitirse, por lo tanto, sin incurrir en injusta retroactividad, que la ley nueva sujete á sus preceptos la acción judiciaria en tales circunstancias, porque esto equivaldría á autorizar que una ley posterior viniera á quitar la fuerza jurídica á un derecho perfecto y adquirido antes de haber empezado á regir la misma.

No valdría que contra esto se alegase la consideración expuesta por algunos de que la prohibición de proceder judicialmente para hacer valer un determinado derecho debe ser reputada absoluta y retroactiva, lo mismo que todas las leyes prohibitivas, pues según tenemos demostrado en la parte general de esta materia, no puede reconocerse en absoluto como regla general, que las leyes prohibitivas deban tener en todo caso autoridad retroactiva, sino que, por el contrario, es necesario aceptar respecto de ella la justa limitación del respeto debido á los derechos creados.

El derecho á proceder se reasume en el derecho á la acción judiciaria y, prescindiendo de la ritualidad del procedimiento, dicho está que puede ser considerada como un derecho creado,

toda vez que tiende á establecer y fijar judicialmente la fuerza jurídica de un verdadero y propio derecho adquirido.

Para comprender mejor la distinción expuesta, conviene tener presente lo dicho por el Tribunal de Casación francés en su sentencia de 7 de Junio de 1810. Se trataba de decidir en dicha sentencia acerca de la autoridad del decreto de 17 de de Marzo de 1808, el cual había sancionado que las obligaciones de los préstamos hechos por los hebreos á los menores sin la autorización de sus tutores, á las mujeres casadas sin la autorización de su marido, y á los militares sin la de sus jefes, debían ser nulas en pleno derecho sin que de ellas pudiera nacer acción alguna ante los Tribunales.

Dada esta disposición, surgieron algunas cuestiones sobre si debía ser aplicado el mencionado decreto aun á las obligaciones anteriores á su publicación; y el Tribunal de Casación, confirmando la sentencia dictada por el de Colmar en 10 de Enero de 1809, decidió por la negativa, por la consideración de que en dicho decreto no se encontraba dispuesto que el art. 3.º del mismo, que es el que hacía tal declaración, debiera ser aplicado á las deudas anteriores. Así vino á establecer que cuando el derecho á la acción judiciaria es adquirido á virtud de un derecho contractual y perfecto, según la legislación anterior, debe ser considerada también aquélla como un derecho perfecto y creado, rigiéndose como tal por la legislación anterior en fuerza del principio general de derecho transitorio, salvo el caso en que el legislador hubiese dispuesto expresamente lo contrario.

De lo expuesto se deduce que el derecho á la acción judiciaria no debe ser asimilado en todos los casos á la simple facultad legal, sino que en ocasiones viene á constituir por sí mismo un verdadero derecho creado, y en tal concepto puede sustraerse al imperio de la ley nueva, á no ser que el legislador por expresa disposición haya dado autoridad retroactiva á dicha ley. Dedúcese también de lo dicho, que aun en aquellos casos en que la acción judiciaria no debe ser reputada por sí

misma un derecho creado, la parte que hubiere empezado á ejercitarla antes de entrar en vigor la nueva ley puede, sin embargo, ostentar el derecho de proseguirla y del mismo modo el de hacer valer los derechos adquiridos en virtud de los actos procesales realizados antes de comenzar á regir la ley nueva.

Consecuentemente con lo expuesto debe también admitirse que iniciado el procedimiento ejecutivo bajo el imperio de la ley antigua, debe ser del mismo modo reputado como un derecho creado el de repeler los nuevos medios de excepción establecidos por la ley posterior, porque el contrato judicial hace surgir igualmente derechos creados á virtud de la legislación que estuviere vigente en el momento en que la acción judiciaria fué iniciada.

Así debe también aceptarse que cuando se hubiere empezado el procedimiento ejecutivo contra el tercer poseedor del inmueble hipotecado, éste no puede aprovecharse del beneficio de la ley nueva publicada durante el curso del procedimiento que le concediese la excepción de la excusión de bienes, en virtud de la que hubiera en otro caso podido obligar al actor á dirigirse contra los demás bienes obligados que se hallasen en el dominio del deudor. La acción contra el tercer poseedor forma parte, en efecto, de la sustancia de la garantía real, y el ejercicio de dicha acción hace nacer el derecho creado de proseguir el procedimiento comenzado, y debe excluir por lo tanto respecto de él la aplicación de la ley nueva.

Debemos, aparte de esto, advertir que el derecho á la acción judiciaria se debe reputar en todo caso como independiente de la ritualidad procesal, la cual, como diremos después, cae por completo bajo el imperio de la ley nueva, y por consecuencia en los casos en que la admisibilidad de las acciones sólo puede ser regida por la ley nueva, porque no haya de reputarse como conexa ó consustancial con el fondo del derecho, debe más bien ser considerada como forma de procedimiento.

Así, por ejemplo, debe resolverse con arreglo á la ley nueva

la cuestión de si debe ó no admitirse la acción posesoria para amparar una servidumbre discontinua ó continua no aparente, puesto que la controversia sobre este punto concierne más bien á las formas del procedimiento ó acción mediante la que puede ser amparado el derecho de servidumbre, y no á la acción misma que tiene por objeto directo la fuerza jurídica del derecho.

No es solamente el derecho á la acción judiciaria (es decir, el de emprender un determinado procedimiento) el que debe en ciertos casos ser considerado como un verdadero derecho creado, sino que también puede del mismo modo constituir un derecho perfecto el de poder ejercitar la acción ante determinado Magistrado, cuyo derecho, cuando haya sido adquirido mientras estaba en vigor la legislación anterior, no puede tampoco ser desconocido por la ley nueva sin incurrir en retroactividad.

Debe en efecto admitirse como regla, según diremos más adelante, que las leyes relativas á la jurisdicción, á la competencia y en general las que determinan la Autoridad á quien corresponde el poder declarar los derechos civiles pertenecientes á cada uno de los ciudadanos, y el de amparar su ejercicio, deben tener autoridad retroactiva en el sentido de quitar todo imperio á las leyes anteriores que estuvieren en contradicción con las mismas. Sin embargo, á pesar de esto, si las partes hubieren adquirido mientras regía la anterior legislación un derecho perfecto á una determinada jurisdicción ó á determinado sistema de procedimiento, con arreglo á las disposiciones de la misma, dicho derecho deberá ser respetado aun cuando hubiere comenzado á regir la ley nueva. Por ejemplo: si pudiera ser objeto de contrato, con arreglo á la legislación en vigor, la determinación del Juez competente y la jurisdicción, ó si esto pudiese ser efecto legal de un contrato celebrado ya con sujeción á la legislación vigente, sería necesario respetar el derecho y la relación contractual con respecto á él, salvo el caso en que la nueva ley haya dispuesto

expresamente lo contrario (1). Y consecuentemente con ello, no sólo debería admitirse la jurisdicción arbitral que se hallase legalmente establecida en el momento de celebrarse el contrato, sino también que deba ser eficaz el convenio celebrado por aquellas partes, que teniendo facultad para establecer por dicho medio ese sistema de procedimiento y la extensión del poder de los árbitros, hubieren suscrito dicho convenio cuando estaba vigente la legislación anterior que lo autorizara, habiendo de ser eficaz, aunque la ley nueva ordenase y estableciese de distinto modo la forma del juicio arbitral y hubiera de subsistir el compromiso después de haber empezado á regir ésta.

Esta opinión se halla conforme con la doctrina de los jurisconsultos, entre los que se cuentan Malher de Chassat (2), Gabba (3), Archiqui (4), y confirmada está también por la jurisprudencia. Dalloz, que sostiene lo mismo, cita en su apoyo la sentencia del Tribunal de Casación de París del 27 Fructidor, año 5.º, la cual estimó que lo relativo á la admisibilidad de un juicio arbitral debe ser resuelto con arreglo á la legislación que estuviere en vigor en el día en que fuere hecho el compromiso; y el mismo Tribunal después, en sentencia de 3 de Agosto

(1) El Tribunal de Apelación de Milán, en sentencia de 18 de Marzo de 1881, decidió que debía ser reputado eficaz y obligatorio entre las partes el pacto de sumisión á una jurisdicción personal distinta de la competente por la ley, expresamente convenido por las partes en contrato celebrado bajo el imperio de la ley austriaca de 20 de Noviembre de 1852, vigente en las provincias italianas sujetas á la legislación austriaca, aun después de empezar á regir la legislación italiana, vigente la cual se hubiere iniciado la *litis*, porque esta legislación no había declarado expresamente nulas semejantes convenciones hechas anteriormente, y porque además no podían ser consideradas ilícitas ni contrarias á ninguna disposición de orden público.

Véase el texto de esta sentencia en el *Monitor de los Tribunales de Milán*, año 1881, pág. 437.

(2) *Traité de la retroactivité des lois*, t. 2.º, pág. 249, núm. 16.

(3) *Teoria della retroattività delle leggi*, vol. 4.º, pág. 454.

(4) *Dei diritti acquistati in forza delle leggi civile abrogate*, págs. 80-84.

de 1825, decidió que la duración del poder de los árbitros debía ser determinado con arreglo á la legislación anterior, aunque hubiesen sido sustituídos los primeramente nombrados por otros nuevos árbitros después de haber empezado á regir la nueva ley (1).

Necesario es también aceptar que para decidir acerca de los motivos de nulidad de la sentencia arbitral, y sobre el derecho de oposición á la misma, hay que atenerse igualmente á la legislación bajo cuyo imperio se hubiese llevado el convenio de sumisión á dicha clase de juicio.

Los actos de procedimiento, una vez iniciados ó empezados, pueden también hacer nacer un derecho creado que no debe ser desconocido tampoco por la ley nueva sin incurrir en retroactividad.

No es posible, en verdad, sostener que en todo caso constituya un derecho creado, como opinaba Meyer, el derecho á continuar el procedimiento, empezado ya, con arreglo á la legislación bajo cuyo imperio hubiere tenido principio; pero hay que tener en cuenta que el procedimiento no puede ser estimado como un montón incoherente de actos sueltos ó desligados entre sí, sino que, por el contrario, debe ser reputado como un sistema, unido de tal modo, que los actos posteriores vienen á ser el desenvolvimiento de los precedentes, y de esta consideración, el autor citado y los que sostienen su opinión, deducen como conclusión la regla de que las nuevas formas procesales establecidas por la ley nueva no pueden tener aplicación á los actos ya pendientes y á los procedimientos ya comenzados (2).

Esto, sin embargo, no puede sostenerse en todos los casos. En efecto; el objeto del procedimiento es llegar á establecer, con el mejor método jurídico, la existencia de los derechos adquiridos en materia civil, y evidente resulta, por lo tanto, que esos sistemas ó métodos procesales deben ser estimados tanto

(1) *Repertorio de las leyes*, números 359, 347.

(2) *Principes sur les questions transitoires*, pág. 14.

más perfectos, cuanto mejor y con mayor prontitud y seguridad puedan conseguir el resultado que se proponen, y puesto que ellos no son más que medios adoptados para un fin con el cual han de estar en correlación, el legislador puede siempre y en todo tiempo determinar, en interés general, las formas procesales que considere mejores para que los interesados puedan por ellas asegurar judicialmente el goce de sus respectivos derechos civiles.

El legislador puede ciertamente, al introducir una nueva forma de procedimiento, estimar prudente suspender la aplicación de la misma á los actos ya comenzados; pero cuando no se haya establecido esto de una manera expresa, no se puede sostener que en todo caso deba desarrollarse y acabarse con arreglo á la legislación bajo cuyo imperio se hubieren incoado los procedimientos comenzados ya, como opina Meyer. Ese principio sólo es admisible en aquellos casos en que los actos de procedimiento considerados por sí mismos, y ejecutados antes de empezar á regir la ley nueva, hagan nacer un derecho creado, debiendo estimarse así, no sólo por lo que concierne al fondo del derecho (es decir, á la validez del acto procesal terminado bajo el imperio de la ley antigua), sino también por consideración á ciertos efectos jurídicos derivados de dicho acto, toda vez que del mismo modo, el derecho de derivar tales efectos debe ser reputado como creado y adquirido por parte de aquel que hubiere ejecutado el acto procesal, y ser apreciado con arreglo á la legislación vigente en el momento en que le hubiere puesto en ejecución.

Conviene, además, advertir que durante el curso de los procedimientos relativos á un asunto, las partes se encuentran ante los Tribunales ó en *controversia* (que es cuando pueden nacer entre ellos relaciones contractuales, en virtud del contrato judiciario *ut in stipulatione contrahitur ita judicio contrahi*) (1), ó sin controversia y legalmente contumaces, y tanto

(1) L. 5.ª, § 11, Dig. *De peculatu*.

en uno como en otro de dichos casos pueden nacer de los actos en ellos ejecutados, á presencia de la Autoridad pública, derechos adquiridos en virtud de la legislación bajo cuyo imperio hubieren sido comenzados y terminados dichos actos. Por lo tanto, á pesar de reconocerse que la ley nueva puede sujetar á sus preceptos el ulterior desarrollo de los procedimientos incoados ya, no cabe, sin embargo, admitir sin incurrir en injustificada retroactividad que dicha ley deba ser aplicada á los actos procesales terminados y perfectos, de los cuales resulta, con arreglo á la legislación anterior, un derecho creado á favor de las partes interesadas.

De esto nace, ante todo, la necesidad de distinguir bien en el proceso civil lo que atañe á la materia que ha sido designada con la fórmula *ordinatoria litis:* es decir, la que tiene por objeto regular las formas de los juicios independientemente del fondo de la acción (la cual puede ser sometida á la legislación vigente en el momento en que es ejercitada la acción), de la materia que suele determinarse con la fórmula *decisoria litis*, la cual comprende todo lo concerniente al fondo de la acción misma, y debe quedar sujeta á la ley que estuviere en vigor al tiempo de ponerse en ejecución el acto jurídico de que proviene ésta.

De este modo debe resolverse, por ejemplo, la cuestión de la prueba y del valor de la misma en un proceso civil comenzado ó no bajo el imperio de la antigua legislación. La forma procesal, que debe ser guardada para hacer la prueba, puede, sí, ser regida por la ley nueva; pero la admisibilidad y el valor jurídico de la misma tiene, por el contrario, que ser apreciado con arreglo á la legislación bajo la que nació el derecho cuya existencia se trate de establecer. Este principio, que habíamos sostenido ya con relación á la prueba de las obligaciones, se encuentra confirmado por multitud de decisiones de la jurisprudencia, y conviene, para mejor ilustración, mencionar especialmente la dictada por el Tribunal de Casación francés en sentencia de 8 de Mayo de 1881.

En dicha sentencia estimó el expresado Tribunal que la existencia de una sociedad anterior á la publicación del Código civil, que no hubiere sido constituída en acto escrito, podía ser probada por medio de testigos con la ayuda de un principio de prueba escrito, y que para resolver qué era lo que podía constituir ese principio de prueba escrito nó era necesario atenerse á la disposición del Código citado (que en su artículo 1347 considera como tal todo acto escrito emanado de aquel contra quien se promueve la reclamación ó de quien le represente, que haga verosímil el hecho alegado), sino que, por el contrario, había que estar á lo establecido respecto de este particular en las Ordenanzas de 1667 (título 3.º, art. 20); es decir, que á falta de una definición precisa de la Ordenanza citada, había en dicho caso que considerar como principio de prueba escrito, todo acto, aunque sea emanado de un tercero, todo elemento apropiado para engendrar la convicción en el ánimo del Juez, sin que pueda ser obstáculo para ello el haber empezado á regir el nuevo Código civil, porque no se trataba verdaderamente de la forma del procedimiento, sino de una cosa que afectaba esencialmente al fondo del derecho, por lo que era necesario reconocer la autoridad de la legislación anterior, bajo la que nació el derecho cuya existencia se intentaba probar.

Todo esto, en verdad, atañe á la sustancia y al contenido del derecho, y no es necesario que nos detengamos á examinar esta cuestión, puesto que ya nos ocupamos de ello en su lugar, bastando recordar los principios entonces expuestos acerca de la autoridad de la ley bajo la que es nacido y perfeccionado cada uno de los derechos en todo lo concerniente á la existencia jurídica del derecho, á la naturaleza del mismo y á la validez, nulidad y rescisión de las relaciones jurídicas.

De lo que ahora debemos ocuparnos principalmente es del acto procesal propiamente dicho, el cual, cuando se halla terminado bajo el imperio de una legislación, puede constituir el acto adquisitivo de un derecho; es decir, el acto en virtud del

que se viene á adquirir un derecho perfecto, que no puede ser desconocido por la ley posterior sin incurrir en retroactividad. Esto debe admitirse en todos cuantos casos hayan adquirido las partes, en virtud de un acto procesal completo, el derecho de hacer seguir los demás actos del procedimiento ó el de derivar determinadas consecuencias jurídicas de dicho acto procesal.

Preciso es ante todo reconocer, como lo hizo observar Merlín (1), que un acto de procedimiento consumado y completo bajo el imperio de una legislación debe ser reputado jurídicamente eficaz en armonía con las disposiciones de la legislación vigente al tiempo de ser consumado, y que debe considerársele como un hecho jurídico, cuya eficacia no puede ser destruída por una ley nueva sin incurrir en retroactividad.

Así, por ejemplo, una citación válidamente hecha, una apelación deducida en tiempo y forma, una recusación propuesta y admitida, y en general, todo acto de procedimiento completo y consumado mientras estuviese en vigor la legislación anterior, debe ser reputado como un hecho jurídico adquisitivo del derecho que á las partes corresponde para que se tenga por obtenido, mediante dicho acto, el objeto atribuído al mismo por la legislación en vigor.

Todo acto de procedimiento completo y consumado debe, por otra parte, ser considerado en relación con los actos posteriores, que son la consecuencia jurídica del mismo; y de aquí que no se pueda decir, como ha sostenido Merlín, que si la ley nueva no dispusiera lo contrario, ella deberá regir siempre, en el procedimiento comenzado antes de su publicación, los actos procesales llevados á cabo después de haber empezado á regir la misma.

Esto es cierto, siempre que se trate de la forma con arreglo á la que pueda ser ejercitado un derecho precedentemente adquirido; pero no lo es ni puede serlo de igual modo en aquellos

(1) *Effect. retroactif.*, pág. 281.

casos en que la forma misma del procedimiento deba ser considerada como un derecho creado ya á consecuencia del contrato judiciario, toda vez que la parte que hubiere llevado á cabo el acto procesal consumado bajo el imperio de una legislación, tiene adquirido por este medio el derecho de obtener ó deducir de tal acto determinados efectos, ó de hacer seguir al mismo de otros actos procesales, en conformidad á la norma establecida para el proceso civil sancionado por la legislación en vigor; de cuyo derecho no puede ser privada dicha parte por una ley nueva. Lo mismo debe decirse respecto de la otra parte, la cual puede haber adquirido igualmente, en virtud del acto procesal consumado por aquel con quien contiende, el derecho de derivar de él ciertos efectos jurídicos, ó de hacer seguir determinados actos procesales, con arreglo á la forma establecida por la legislación relativa al proceso civil que estuviere en vigor en el momento de ser completamente ejecutado dicho acto.

Necesario es, pues, distinguir cuidadosamente en el acto procesal lo que se relaciona con el fondo del derecho que, mediante él, se trata de establecer ó ejercitar, de lo que concierne propiamente á la forma prescrita para el ejercicio de dicho derecho; y en su virtud, las formas de procedimiento que no afecten para nada al fondo del derecho deberán ser sometidas á la ley nueva que se hallare en vigor en el momento en que venga á desarrollarse y desenvolverse el procedimiento iniciado ya antes de la publicación de dicha ley; pero aquellas que vayan unidas al fondo del derecho y que, por lo tanto, pueden ser consideradas como un derecho creado en el proceso civil, de ningún modo deben ser sometidas á la legislación nueva que hubiere modificado las reglas del mismo.

Para esclarecer mejor este nuestro concepto, conviene advertir que los actos del proceso civil, apreciados en su conjunto, representan un sistema de medios legales ordenados por la ley al objeto de establecer judicialmente la existencia de los derechos civiles y de obtener la sanción judicial de los

mismos. Todo ese sistema puede, sin embargo, ser examinado en las partes que le componen, cada una de las cuales, apreciada en sí misma, comprende una serie de especiales y singulares actos dispuestos para conseguir aquel resultado jurídico que por el legislador hubiere sido ordenado. El resultado final del proceso es, pues, la consecuencia de todo el sistema y de la realización de los parciales resultados jurídicos obtenidos mediante la serie de actos procesales que constituyen dicho sistema.

Ahora bien: sentados estos principios, al examinar cualquiera de las series de actos procesales establecidos para obtener un resultado jurídico determinado, hay también que admitir que aquel que hubiere consumado el acto procesal bajo el imperio de una legislación, con el propósito de conseguir dicho resultado jurídico, adquiere el derecho de continuar los posteriores actos de procedimiento, sin que pueda privarle de él la ley posterior sin incurrir en retroactividad. La ley nueva puede, pues, sujetar en todo caso á sus preceptos las formas procesales de cada acto en particular, puede sujetar del mismo modo las diversas partes del proceso civil respecto de las que no existan actos completos y consumados antes de su publicación; pero debe, por el contrario, respetar los derechos adquiridos en virtud de los actos procesales por completo realizados, cuando los mismos constituyan el acto adquisitivo del derecho de continuar los actos posteriores de procedimientos que sean consecuencia de ellos.

Haciendo aplicación de los principios que quedan expuestos, se puede deducir: que los procedimientos relativos á la expropiación forzosa, á la graduación de créditos al secuestro y confirmación del mismo, etc., incoados bajo el imperio de una legislación determinada, deben ser terminados, con arreglo á dicha legislación, toda vez que deben reputarse coordinadas todas sus partes al objeto de obtener el resultado final á que obedecen; y por lo tanto, no puede ser aplicada en estos casos la ley nueva que hubiese regulado de distinto modo la

serie de actos establecidos para dicho fin, y los términos en que debieran ser ejercitados, ó las impugnaciones, que dentro de tales procedimientos pudieran hacer los interesados, etc.

Aquél que promueve y obtiene un secuestro adquiere el derecho de continuar los actos necesarios para hacer pronunciar la confirmación del mismo, y para que se emplace al secuestratario al efecto de hacer la declaración oportuna, así como para contestar la declaración hecha por éste, etc., debiendo ser regida toda la serie de actos conducentes á este objeto por la legislación anterior bajo la que fué realizado el secuestro, y no por la ley nueva que hubiere modificado las reglas relativas á la convalidación y á la oposición.

En el procedimiento de la expropiación forzosa, comenzados los actos para la distribución del precio bajo el imperio de una legislación determinada, deben ser igualmente regulados por ésta, y no por la nueva ley, todos los procedimientos que con arreglo á aquélla debieran observarse por los acreedores que quisieran hacer oposición, así como el término dentro del que podrían hacer su reclamación para obtener el reconocimiento de sus créditos no reconocidos ó los procedimientos concernientes á la sentencia de graduación, y la oposición á ésta por parte de los acreedores, por más que la ley nueva hubiere modificado las disposiciones establecidas sobre el particular.

Por las mismas razones, si tuviese lugar la contumacia del demandado mientras estuviere en vigor una legislación que la equiparase á la confesión judicial de la deuda, surgiría entonces á favor del actor el derecho de hacer valer tal confesión, para repeler la oposición del demandado promovida después de haber empezado á regir una ley nueva que considerase la contumacia tan sólo como una mera contestación negativa de la litis, es decir, como una simple negación de la pretensión del adversario.

El acto procesal completo bajo el imperio de una ley hace nacer del mismo modo el derecho de fijar ó establecer la duración del término, dentro del que puede ser ejecutado el acto

procesal conexo con el completo ya; y esto debe suceder lo mismo en favor, que en contra del actor. En su consecuencia, las disposiciones de la nueva ley procesal que hubiere abreviado ó prolongado el término para entablar esos actos procesales sucesivos, no podrán ser aplicadas para modificar respecto de esto los derechos adquiridos por las partes con arreglo á la legislación anterior.

Encuéntrase este principio, claramente establecido, en dos sentencias del Tribunal de Casación francés: una de 2 de Julio de 1811, y otra de 1.º de Marzo de 1820, por las que casó las dictadas por el Tribunal Real de París que habían resuelto lo contrario.

Atendido, dice la última de las sentencias citadas, que está reconocido por la sentencia impugnada: 1.º, que la facultad de apelar es un derecho adquirido por las partes, á contar desde el día en que el fallo ha sido dictado; 2.º, que este derecho subsiste hasta que espiren los plazos fijados por la ley para su ejercicio; 3.º, que hallándose estos plazos en el mismo caso que las prescripciones, se sigue que ha lugar á aplicar á la apelación interpuesta por el recurrente las disposiciones del artículo 2281 del Código civil, según las que: «las prescripciones comenzadas serán reguladas por las leyes antiguas»; pues estimando, por el contrario, que los plazos dentro de los que el recurrente podía ejercitar la facultad de apelar debieran ser regulados por las leyes nuevas, se llegaría al resultado de confundir las formalidades que deben hacer transcurrir el término con el término mismo y su duración, declarando en su consecuencia al recurrente decaído en la apelación del fallo de 14 de Mayo de 1793, aunque el recurso fué interpuesto en los plazos de la Ordenanza de 1667; es visto que el Tribunal Real ha hecho una indebida aplicación de los artículos 443 y 1041 del Código de procedimiento, y violado expresamente, tanto los artículos 12 y 17, tít. 27, Ord. 1667, como los artículos 2.º y 2281 del Código civil.

La ley nueva, sin embargo, aun en lo que concierne á los

términos y á las formalidades perjudiciales ú odiosas, debe ser aplicada á los actos de procedimiento que hayan de reputarse distintos ó separados de los consumados ya, mientras regía la legislación anterior, aunque ellos sean la ulterior consecuencia de éstos. Así, por ejemplo, si el mandato para proceder á la ejecución forzosa de una sentencia dictada, estando vigente la legislación anterior, hubiere sido notificado para llevar á efecto la ejecución de inmuebles después de entrar en vigor la ley nueva, necesario sería atenerse á ésta, no sólo para cuanto atañe á las formas procesales establecidas para la válida notificación de dicho mandamiento, sino también para todo lo relativo á los términos útiles para proceder á los actos ejecutivos. La razón de ello consiste, en que, si bien la ejecución forzosa se deriva de la sentencia pronunciada bajo el imperio de la legislación anterior y el derecho de proceder á los actos ejecutivos debe considerarse adquirido con arreglo á la misma, sin embargo, debiendo ser consideradas como distintas y separadas las diligencias para la ejecución forzoza, tiene que estimárselas sometidas á la ley nueva, durante cuya vigencia se pretenda comenzar con dicha notificación la serie de los actos precisos para llegar á dicha forzosa ejecución.

Debe igualmente reputarse como uno de los efectos del acto procesal completo, el de establecer el término exigido para la interposición de la instancia, pidiendo la incoación del juicio; pero este efecto no debe ser considerado como un verdadero derecho creado en virtud de la legislación anterior, bajo cuyo imperio fuere completado el acto procesal y empezado á transcurrir el término, toda vez que la ley que por razones de interés público establece los términos dentro de los que puede ser reputado eficaz el derecho de proseguir la instancia, no viene á atribuir al particular un derecho, sino que solamente le reconoce una mera facultad para ello. En su consecuencia, no se puede sostener que el término para la interposición de la instancia sea un derecho creado en el momento en que la misma ha comenzado, y que como tal debe permanecer sometida á la

legislación entonces en vigor, sino que verdaderamente constituye una simple espectativa, y por tanto, debiendo ser considerada la instancia para que se inicie el juicio, cuando sea hecha, como una demanda nueva, tiene que depender únicamente de la ley que estuviere en vigor al tiempo de ser producida todo lo que con ella se refiera.

De esto se deduce que si la interposición de dicha instancia se hubiere verificado bajo el imperio de una legislación que la admitiese, se debe resolver acerca de ella con arreglo á la que se hallase vigente cuando hubiese sido completamente realizada, pero si no estuviese completa, y la nueva ley modificase las reglas establecidas para la virtualidad de la misma ó bien la admitiese en nuevos casos particulares, entonces deberá aplicarse sin género alguno de duda la legislación bajo cuyo imperio fuese presentada la instancia, porque el derecho no se adquiere verdaderamente más que mediante el ejercicio; es decir, haciendo la instancia, y debe ser naturalmente sometida á la ley vigente en el momento en que fuere deducida dicha instancia.

Tan sólo podría admitirse la aplicación de la ley anterior para lo relativo á los efectos de la misma. Así, por ejemplo, si la ley nueva dispusiese que la instancia no pudiese ser eficaz para interrumpir la prescripción y la antigua estableciera lo contrario, sobre este determinado efecto debería resolverse con arreglo á la legislación que estuviere vigente en el momento en que hubiere sido hecha la instancia para iniciar el juicio, porque con respecto á esto debe admitirse el derecho creado en virtud de la legislación anterior. En efecto, en el caso de que con arreglo á ella, la instancia hecha fuese reputada eficaz para interrumpir la prescripción, independientemente de verificarse ó no la incoación de la instancia, sería necesario admitir tal efecto por el respeto debido al derecho creado, no obstante que la ley posterior hubiese subordinado después la eficacia del hecho interruptor á la condición de que la instancia fuere ó no presentada.

Equivaldría á dar á dicha ley nueva efecto retroactivo el que se admitiese que en virtud de ella se pudiera desconocer el acto completo ya, cual es el de la interrupción de la prescripción realizada en virtud de la instancia promovida para iniciar el juicio.

Además para todo lo concerniente á la nueva instrucción de la instancia, necesario es, sin duda alguna, admitir la aplicación de la ley nueva en el caso de que el hecho que dé lugar á ello venga á realizarse bajo el imperio de dicha ley; pero si la causa se encontrase en estado de ser fallada mientras estaba en vigor la anterior legislación y subsistieran los medios para la reinstauración de la instancia conforme á la misma, entonces sería preciso aceptar respecto de este extremo la existencia de un derecho creado, y no sería aplicable la ley nueva para obligar á la parte á volver á comenzar el procedimiento.

Creemos oportuno exponer ahora algunas indicaciones relativas también á la autoridad que pueden tener las nuevas leyes procesales concernientes á los medios de prueba.

Hemos expuesto ya en su lugar correspondiente, tratando de la prueba de las obligaciones, los principios de derecho transitorio que á esta materia se refieren, y hemos estimado en conclusión que el derecho de valerse de un determinado medio de prueba, para establecer la existencia de cualquier asunto judicial, y la fuerza jurídica del mismo, debe ser determinada con arreglo á la legislación vigente, en el momento en que el asunto jurídico fué puesto en ejecución. Esta era la justa consecuencia que deducíamos de la teoría general, en virtud de la que se debe admitir que la legislación nueva no podía, sin injusta retroactividad, desconocer los derechos creados. Teniendo en cuenta, que tanto vale el derecho, cuanta es su eficacia legal, y que ésta depende de los medios legales admitidos para establecer judicialmente la existencia y el valor del mismo derecho, se comprende fácilmente que si la ley nueva que prohibiese valerse de ciertos medios de prueba pudiera ser aplicada á los negocios incoado antes de empezar á regir las

mismas, se vendría así á violar el derecho, creado á favor de las partes, de establecer la existencia jurídica de un negocio con los medios legales permitidos por la legislación imperante al tiempo de ser incoado el mismo.

Lo mismo sucedería si se aplicase la ley nueva que hubiese atribuído valor probatorio á ciertos medios ó á ciertos actos, á fin de establecer por virtud de ellos la existencia jurídica y la validez de un negocio anterior, puesto que se vendría á violar el derecho creado de impugnar el valor del negocio jurídico por cualquier defecto de forma que una legislación antigua impusiera como condición precisa para su validez.

Sosteniendo estos principios, se deduce que, cuando el procedimiento civil hubiere sido comenzado después de haber empezado á regir la ley nueva, no puede ser negado á las partes el invocar la aplicación de la legislación anterior, bajo cuyo imperio nació el derecho controvertido en el juicio, para todo lo que pueda hacer referencia á los medios de prueba y á las formalidades exigidas para establecer la existencia y la validez de dicho derecho, ó para deducir de la falta ó de la inobservancia de tales formalidades las consecuencias jurídicas estimadas por la legislación anterior que estuviera vigente cuando se promovió la cuestión judicial ó nació el derecho controvertido. Esta teoría no puede ser contradicha porque descansa sobre el principio fundamental de la inviolabilidad de los derechos creados.

Lo que no puede reputarse como un derecho de esta naturaleza el que pretenda tenerse para impedir que una de las partes pueda aprovecharse, en el proceso comenzado ó continuado después de estar en vigor la ley nueva, de las disposiciones de dicha ley por las que se amplíe la esfera de aplicación de los medios de prueba ó la admisibilidad de nuevos elementos probatorios que, no hallándose establecidos en la legislación anterior, hubiesen sido admitidos por la nueva. En efecto, no puede pretenderse la existencia de un derecho creado contra el legislador, el cual en todo tiempo puede, por

razones de interés público, ampliar la esfera de los medios de que pueden servirse aquellos que tengan interés en establecer y fijar judicialmente un hecho jurídico, y no cabe, por lo tanto, impedir á éstos el que se aprovechen de los nuevos y mejores medios de prueba para obtener el reconocimiento judicial de los derechos civiles precedentemente adquiridos.

En efecto, no debe, en virtud de la ley nueva, atribuirse fuerza jurídica á un acto consumado y completo bajo el imperio de la legislación anterior que careciese de dicha fuerza por defecto de alguna de las formalidades ó solemnidades impuestas por dicha legislación como condición precisa para su validez; pero cuando, por el contrario, se trate de establecer más completamente y con mayor certeza la fuerza jurídica, que no podía ser negada en absoluto al derecho controvertido, según la legislación anterior, no podría en verdad sostenerse que la parte contra la cual se intente utilizar con dicho objeto los nuevos y mejores medios legislativos establecidos por la ley nueva pueda estar asistida del derecho de impedirlo, alegando para ello que se trata de una contestación entre partes relativa á un asunto completo bajo la legislación anterior. ¿Puede acaso ostentarse algún derecho contra el legislador, fundado en la pretensión de que él debe inmovilizar el sistema de las pruebas, ó impedir, cuando lo haya perfeccionado y mejorado, el que puedan ser aprovechados los nuevos medios para establecer la verdad jurídica, tan sólo porque la contienda se refiera á un negocio incoado bajo la legislación anterior?

No puede negarse tampoco al Magistrado que quiera establecer ciertos antecedentes del hecho ó precisarlos mejor para resolver una controversia jurídica, nacida á consecuencia de relaciones puestas en ejercicio bajo la legislación, el que se atenga á la ley nueva, vigente la cual pendiese el juicio, ordenando de oficio todas las diligencias que el mismo reputare oportunas á fin de depurar el hecho y formar su convencimiento jurídico acerca del mismo para decidir después la contienda objeto del juicio. Así lo ha resuelto, aunque sólo respecto á un particular

de prueba, el Tribunal de Casación de Turín, estimando justamente que el Magistrado puede ordenar una peritación para depurar el carácter de un hecho completo y acabado bajo la legislación anterior, sin tener que limitarse á las reglas probatorias sancionadas para dicho efecto por la ley que estuviere vigente en el momento en que fué puesto en ejecución dicho hecho (1). Por el contrario, la existencia y el valor jurídico de un derecho, cuando no pueda ser establecido con arreglo á la ley bajo cuyo imperio nació, no podría seguramente ser establecido tampoco ateniéndose á las reglas probatorias sancionadas por la ley nueva, porque esto equivaldría á atribuir, mediante un efecto retroactivo, la entidad y el valor legal al que de tales requisitos carecía, según la legislación vigente, en el momento en que fué terminado. La solución es, sin embargo, bien distinta cuando se trata de un hecho cuya existencia y valor se quiera depurar, no ya para establecer ó fijar el derecho ó el negocio jurídico, sino para buscar la certeza del convencimiento, á fin de resolver por él la controversia jurídica. Sería una extraña pretensión la de ostentar un derecho creado para limitar, con relación á este particular, los nuevos medios de prueba que el legislador hubiere sometido á la discreción del Juez.

Esclarecido ya qué es lo que puede constituir ó no un derecho creado respecto de los medios de prueba, veamos ahora cuál deba ser la autoridad de la legislación antigua y la de la ley nueva con relación al procedimiento exigido para la ejecución de la prueba. A nuestro juicio no ofrece duda alguna que esta debe ser ejecutada ateniéndose á las respectivas reglas procesales establecidas en la legislación vigente en el momento en que el medio probatorio tuviere lugar. En su consecuencia, estimando como estimamos que el derecho de pro-

---

(1) Sentencia de 22 de Octubre 1883. *Foro italiano*, 1884-476. Véanse también la sentencia dictada por el Tribunal de Venecia en 15 de Octubre de 1874. *Giurisprudenza italiana*, XXVI-2-320; y la sentencia del Tribunal de Casación de Nápoles de 7 de Febrero de 1874. *Giurisprudenza italiana*, XXVI-1-146.

mover una peritación, por ejemplo, con objeto de establecer mediante ella un derecho controvertido, puede ser fundado en la legislación anterior, y que la prueba pericial ordenada y comenzada mientras ésta se hallase en vigor debe ser ejecutada y apreciada con arreglo á la misma para todo cuanto pudiera afectar á las condiciones de su validez y eficacia, sostenemos, sin embargo, que cuando dicha prueba pericial debe ser hecha después de haber empezado á regir la ley nueva, que hubiere sancionado nuevas reglas de procedimiento respecto de ella, sería necesario atenerse á ésta y no á la antigua para todo lo concerniente al procedimiento. Para sostener esta opinión nos fundamos en el principio general de que los procedimientos que no atañen al fondo del derecho, respecto á los que no puede admitirse ningún derecho creado como ya tenemos dicho, deben ser regulados por la ley que se hallare en vigor en el momento en que el acto procesal hubiere sido puesto en ejecución.

Con motivo de la promulgación del Código civil francés, que estableció, según es sabido, nuevas reglas de procedimiento respecto de la prueba pericial, se suscitó larga discusión en Francia acerca de la cuestión que ahora examinamos. La duda surgió sobre si debía aplicarse la legislación anterior ó la nueva para proceder á la prueba pericial en los contratos de venta terminados bajo el imperio de la legislación anterior, que podían ser rescindidos por causa de lesión, la cual debía ser comprobada mediante dicha clase de prueba. La legislación anterior al Código disponía que para hacer constar la lesión precisaba el dictamen pericial, el cual debía ser emitido por dos peritos, debiendo ser nombrados, uno por el actor y otro por el demandado, ó en otro caso de oficio por el Juez, cuyos peritos debían emitir conjuntamente ó por separado su dictamen, exponiendo siempre la opinión que cada uno de ellos tuviera, y sólo en caso de discordia era cuando podía ser nombrado un tercero. El art. 1678 del Código civil regulando la prueba de la lesión, dispone, por el contrario, que no pueda ser

hecha más que mediante un informe de tres peritos, los cuales deben dar un solo dictamen verbal común y no formar más que una sola opinión á pluralidad de votos. Cuando los peritos tengan opiniones distintas, podrá contener su relación ó informe verbal los motivos de cada una de ellas, pero no es permitido dar á conocer cuál sea la mantenida por cada perito (artículo 1679). El art. 1680 dispone además que los tres peritos deben ser nombrados de oficio, á menos que las partes no se hayan puesto de acuerdo para nombrar los tres peritos conjuntamente.

Dados estos contradictorios precedentes, hubo de nacer la cuestión de si debía observarse para la peritación encaminada á depurar la existencia de la lesión respecto de las ventas terminadas antes de la vigencia del Código civil la legislación antigua bajo cuyo imperio hubiere quedado concluído el contrato, ó la nueva que estuviese en vigor al tiempo de llevarse á cabo dicha peritación.

Las decisiones de la jurisprudencia estuvieron en desacuerdo acerca de esta cuestión: el Tribunal de apelación de Turín en dos sentencias, una del año 1813 y otra de 19 de Abril de 1806, decidió que era necesario atenerse á las disposiciones del Código civil, fundado en la consideración de que el procedimiento para la peritación dejaba completamente intactos los derechos de las partes, y que el modo de ejercitar la acción debía ser sometido como materia procesal á la legislación que estuviere á la sazón en vigor. Otras sentencias, conformes á éstas, fueron dictadas por el Tribunal de apelación de Montpellier el 18 Germinal, año xiii, y por la Corte de Casación el 23 de Febrero de 1807. Esta última decisión tiene mayor importancia aún porque confirmó la sentencia del Tribunal de Montpellier antes citada, la cual resolvió que no obstante la circunstancia de haberse ordenado y hecho ya en la forma prescrita por la Ordenanza de 1667 una primera estimación por peritos, si hubiera de procederse á una nueva estimación ó peritación después de haber empezado á regir el Código civil,

esta debería ser hecha ajustándose á las prescripciones sancionadas por los artículos 1678 y 1679 de dicho Código civil. «La manera de proceder á la prueba de la lesión y las formas prescritas para la redacción de los actos, dice la Corte mencionada, deben ser gobernadas por las leyes en vigor, publicadas y obligatorias».

Resolvieron, sin embargo, lo contrario el Tribunal de apelación de Besançón en su sentencia de 19 de Abril de 1809, la Corte de Pau en la del 1.° Termidor, año XIII, y la misma Corte de Casación en su sentencia de 22 de Julio de 1806. Tales decisiones, y otras conformes á ella que pudiéramos citar, fueron inspiradas en honor del principio sancionado por el art. 1041 del Código de procedimiento francés y la sentencia de la Corte de Pau fué motivada por la consideración de que, habiendo dicho el legislador en el art. 1678, *esta prueba* había querido declararla indispensable respecto á la lesión en aquella forma que había sido objeto de las precedentes disposiciones de los artículos 1674 y siguientes, y por consiguiente, que tratándose de las acciones por lesión ejercitadas en virtud de contratos terminados antes de la publicación del Código civil, así como deben ser reguladas dichas acciones por la legislación anterior, del mismo modo debe ser regulada por ésta la manera de proceder para probar y hacer constar la lesión.

Pero dejando de ocuparnos más detenidamente de las contradicciones que pueden observarse en las sentencias de los Tribunales franceses, las cuales se encuentran expuestas ya por Chabot de S'Allier (1) y por Mailher de Chassat (2); necesario es admitir el principio, como justamente lo admite el Tribunal de Casación francés en su mencionada sentencia de 1807, de que una ley que regule el procedimiento de la prueba puede, sin efecto retroactivo, ser aplicada á un medio probatorio que deba ser utilizado después de haber comenzado á regir

(1) *Questions transitoires*. V. *Rescision pour cause de lésion*

(2) *De la retroactivité des lois*. T. 2.°, p. 250.

la misma, aun cuando se refiera á una controversia ó contienda nacida antes, ó á un proceso entablado estando en vigor la legislación anterior. Siempre que en lo relativo á la manera de proceder no exista nada que afecte ó toque al fondo del derecho, ó que desconozca los derechos anteriormente adquiridos por los que son parte en el juicio, deben ser aplicadas las leyes nuevas de procedimiento en todo lo que regulan el ejercicio de los derechos y las formas procesales desde que dichas leyes hubieren sido publicadas y llegaren á ser obligatorias.

Los principios expuestos hasta aquí se refieren á los actos de procedimiento en los juicios contenciosos. Para aquellos que por el contrario conciernen á la jurisdicción voluntaria, necesario es admitir como regla el principio de que las leyes nuevas extienden su autoridad, sin ninguna restricción, á todos los actos que deben terminarse después de haber empezado á regir las mismas.

Los actos del procedimiento, así llamado voluntario, comprenden todos aquellos que cualquiera persona, independientemente de toda contención, debe realizar para conservar y ejercitar sus propios derechos amparándose con la pública autoridad determinada por la ley. Resulta claro y evidente que respecto de estos actos procesales no puede surgir la figura del derecho creado, puesto que todo aquello que cada uno debe hacer para conservar y ejercitar sus propios derechos con el concurso de un funcionario público está en el dominio absoluto del legislador, el cual puede siempre regular todos los hechos para el porvenir, y cuando haya modificado los sistemas en vigor para el ejercicio de ciertos derechos deben ser reputados obligatorios sus preceptos respecto de todos aquellos que quisieran en adelante ejercitar tales derechos.

Así, por ejemplo, la ley nueva que establezca nuevas formalidades para la aceptación de la sucesión con el beneficio de inventario ó que quite á ciertos actos realizados en una forma dada la eficacia de la renuncia á una sucesión abierta, etc., etc., debe ser aplicada á tales actos cuando sean

ejecutados después de haber empezado á regir la misma. Igualmente las formalidades que han de concurrir para dar fuerza y llevar á ejecución un testamento ológrafo deberán ser reguladas por la legislación vigente en el momento en que se quiera proceder al depósito del testamento para dar lugar á la sucesión, y no por la ley anterior bajo cuyo imperio hubiese ocurrido la muerte del testador.

También se aplicará, igualmente, la ley nueva para todas las formalidades que conciernen á la emancipación, á la adopción, al reconocimiento de los hijos naturales, etc., etc., por la misma razón de que toda ley cuando ha sido publicada y viene á ser obligatoria debe tener autoridad para regular todos los actos jurídicos que comiencen á realizarse después de haber empezado á regir la misma, y como tal debe reputarse todo acto que tenga por objeto el ejercicio de los derechos anteriores iniciado después de la promulgación de la ley nueva.

CAPÍTULO III

AUTORIDAD DE LAS LEYES NUEVAS QUE SANCIONAN NUEVAS FORMALIDADES PARA LA CONSERVACIÓN DE LOS DERECHOS CIVILES.

Aunque la ley nueva no puede desconocer ó mermar los derechos adquiridos antes de comenzar á regir la misma, puede sin embargo subordinar su conservación á ciertas formalidades nuevas, y conviene examinar ahora cuál deba ser la autoridad de dicha ley en el caso de que imponga el cumplimiento ú observancia de la nueva formalidad sancionada, como condición precisa para la conservación de los derechos anteriormente adquiridos.

Discurriendo Merlín acerca de esto, estableció como principio que la ley posterior puede subordinar para el porvenir la conservación de los derechos á aquellas nuevas formalidades y

á aquellas nuevas diligencias que al legislador plazca sancionar, porque tales formalidades, tales diligencias y tales condiciones no dependen de sucesos extraños á la voluntad de las partes á quienes son impuestas, ó en otros términos, porque las partes no pueden imputar más que á su propia incuria la pérdida que ellos experimentan por la omisión ó el incumplimiento de dichas formalidades, diligencias y condiciones (1).

Hemos expuesto ya los principios generales relativos á la pérdida de los derechos y á la conservación de los mismos, examinando cuál podía ser la autoridad de la ley nueva con respecto de estos particulares. Entonces nos ocupamos de todo ello en el capítulo referente á la autoridad de la ley nueva en cuanto á las relaciones jurídicas que tienen por objeto las cosas (2) y en lo relativo á las obligaciones y á los contratos (3), no siendo necesario ahora volver sobre lo que en dicha ocasión expusimos.

Solamente consideramos oportuno reasumir toda la teoría á fin de comprobar la exactitud de las reglas sugeridas por Merlín, las cuales deben ser entendidas en el sentido de que puede tener autoridad retroactiva toda ley nueva que imponga nuevas formalidades, nuevas diligencias ó nuevas condiciones para la conservación de los derechos, siempre que las nuevas disposiciones no lesionen los derechos adquiridos por las partes y no cambien las relaciones ya establecidas entre el acreedor y el

(1) MERLÍN. *Effet. retroactif.*, pág. 259.

(2) Véase la *teoría general* y sus aplicaciones concernientes á la pérdida de los derechos reales y á la conservación de los mismos; el párrafo sobre la enfiteusis y la cuestión relativa á la interpelación, á la mora y á las formas necesarias para la conservación de los derechos provenientes de la enfiteusis, y en el párrafo que concierne á la hipoteca, la cuestión de las nuevas formalidades exigidas para hacerla eficaz; y, por último, en lo relativo á la prescripción, las nuevas causas de suspensión ó interrupción sancionadas por la ley nueva.

(3) Véase aquí la cuestión relativa á la transcripción de los actos exigidas según la ley nueva, y en el párrafo tercero, cuanto concierne al contrato de renta.

deudor de la obligación jurídica, y, por el contrario, provean á mejorar las formas exigidas para asegurar legalmente los derechos adquiridos.

Estimando, en efecto, subsistente siempre el principio general de que la ley nueva no puede sin injusta retroactividad mermar los derechos precedentemente adquiridos, se deduce que, cuando los medios de aseguramiento de un derecho creado bajo la legislación anterior y amparado por la misma pudieran constituir también por sí un derecho adquirido, no podría ser negado éste á aquellos á quienes perteneciera en virtud de una ley nueva. Por ejemplo: si en virtud de la legislación bajo cuyo imperio hubiere nacido la relación entre el deudor y el acreedor estuviere concedido al mismo el derecho de demandar una garantía hipotecaria en determinadas circunstancias para asegurar mediante ella su crédito, no podría ser privado por una ley nueva de ese derecho á él concedido como medio de aseguramiento.

Por el contrario, cuando las nuevas formalidades exigidas tuvieran por objeto pura y simplemente la conservación de un derecho anterior, sin tocar para nada al fondo mismo del derecho de las partes, deben ser observadas, aun para conservar los derechos adquiridos con anterioridad, así como para conservar aquellos que fueren creados con posterioridad á la promulgación de dicha ley.

La razón de este principio se funda en que por una parte la autoridad pública tiene siempre el poder de mejorar las formas exigidas para la conservación y el ejercicio de los derechos, ya por razones de interés público, ya para amparar y proteger mejor el interés mismo de las partes, y con tal que ella no sacrifique los derechos de las mismas, puede imponerles el cumplimiento de determinadas formalidades nuevas para conservar los derechos precedentemente adquiridos; y de otra parte, no pudiendo sustraerse los particulares al imperio de la ley, deben imputar á sí mismos la culpa, si pudiendo observar las nuevas formalidades establecidas y no habiéndolo

hecho, tienen que sufrir después las consecuencias legales de su omisión ó inobservancia.

A nada conduciría el aducir en contrario que cuando la inobservancia de esas nuevas formalidades llevase consigo la pérdida de los derechos precedentemente adquiridos, vendrían á sufrir los particulares, que en dicha omisión incurrieran, una consecuencia que no se hallaba prevista por la legislación anterior, bajo cuyo imperio fué adquirido el derecho; puesto que puede siempre con razón sostenerse en los casos en que tan grave resultado se produzca que, cuando el legislador impone por razones de orden ó de interés público el cumplimiento de nuevas formalidades para la conservación de los derechos anteriormente adquiridos, y acuerda en otro caso la caducidad de los mismos, que no era establecida en la legislación anterior, debe el particular imputar á sí mismo la consecuencia de la pérdida del derecho, motivada por la omisión de dichas formalidades que estaba obligado á observar, que pudo hacerlo, y que, sin embargo, no observó.

Teniendo presente estas indicaciones, se puede por ellas deducir que el legislador francés no violaba los principios de la irretroactividad de las leyes cuando disponía en los artículos 37 y 39 de la ley del 11 Brumario, año VII, que los derechos de hipoteca y los privilegios ya existentes cuando fué publicada la ley nueva debían ser inscritos en conformidad con las prescripciones de la ley de 9 Messidor, año III, dentro del término de tres meses, y que, á falta de dicho requisito, no tendrían efecto alguno dichas hipotecas más que á contar desde el día de su posterior inscripción, y que igualmente los privilegios no serían eficaces más que como simples hipotecas, á partir del día de su inscripción.

Dicho legislador, al ordenar en estos términos tales preceptos, no tocó en modo alguno al fondo del derecho perteneciente á cada uno de los que con anterioridad le hubieran adquirido, sino que por razones de orden público y para garantir los derechos de terceros, impuso el cumplimiento de las nue-

vas formalidades, y aquellos que no observaran dichos preceptos debían naturalmente imputar á su negligencia las consecuencias de la inobservancia de los nuevos requisitos conservadores de tales derechos, prescriptos en interés general.

También el legislador italiano en la ley transitoria del 30 de Noviembre de 1865 disponía en su art. 38 que los privilegios y las hipotecas, tanto generales como especiales, y las anotaciones preventivas que hubieren tenido origen bajo el imperio de las leyes anteriores y no se hallaren inscritas el día que empezare á regir el nuevo Código, debían serlo en la forma y con las indicaciones establecidas en dicho Código, ordenándose además por el art. 38 que, cuando no fuesen inscritas en la forma y en los términos prevenidos, no podrían tener efecto ni adquirir el carácter ó cualidad legal que se adquiría por la inscripción con arreglo al nuevo Código.

De este modo, también por razón de interés público y sin injusta retroactividad, fué como el legislador italiano impuso nuevas formalidades para asegurar los vínculos hipotecarios con los que se hallase gravado un fundo, imponiendo la reinscripción de la hipoteca contra los herederos y causahabientes del deudor originario que, según los registros hipotecarios, aparecieran el 1.° de Enero de 1866 como poseedores de los inmuebles hipotecados.

Con arreglo al sistema hipotecario anteriormente vigente, la hipoteca debía ser renovada á cargo de aquel contra el cual hubiera sido constituída originariamente y sin tener relación con aquellos que sucesivamente hubieren llegado á ser propietarios del fundo hipotecado. De esto provenía la extraña y grave anomalía de que todo nuevo adquirente ó acreedor, para conocer si los primitivos vínculos hipotecarios estaban ó no todavía subsistentes, tenía que extender sus investigaciones respecto de todos los sucesivos propietarios, á partir del deudor originario. El legislador impone, pues, la reinscripción contra aquellos que fueran poseedores de los inmuebles gravados el día 1.° de Enero de 1866 y concedió para la reinscrip-

ción de la hipoteca el término de dos años, que fué después prorrogado á cinco.

Esta disposición, que fué considerada como verdaderamente gravosa, no puede con razón ser tachada de que haya pecado de retroactividad si se considera que fué motivada por razones de interes público, cual es la necesidad de velar por los intereses de los nuevos adquirentes y de hacer menos dificultoso para ellos el conocer y asegurar los vínculos hipotecarios con que se hallare gravado cualquier fundo. En efecto, en la actualidad, todos aquellos que no hubieren inscrito nuevamente la hipoteca contra los que fueran poseedores de los inmuebles hipotecados el día 1.º de Junio de 1866, según los registros correspondientes, no pueden hacer valer su hipoteca, y no se puede decir, que sabiendo ellos la caducidad de su derecho hipotecario causada por tal motivo tengan razón para quejarse ó para aducir que el legislador italiano pecó de retroactividad, toda vez, que habiendo impuesto la obligación de inscribir nuevamente la hipoteca por razones de interes público y habiendo concedido para cumplir esta nueva formalidad un término bastante largo, de dos años prorrogado después á cinco, el que no cumpliere dentro de él dicho requisito debe imputar á su propia negligencia el resultado de dicha omisión si por ella hubiere de sufrir la pérdida de algún derecho.

Dejando para mas adelante el ulterior examen de esta cuestión, establecemos como regla general deducida de las anteriores consideraciones, que todas las leyes que sancionan nuevas modalidades para la conservación de los derechos precedentemente adquiridos deben tener autoridad retroactiva por la razón de que debe siempre reputarse dentro de la potestad del legislador el mudar, en interés general, según los tiempos y las necesidades de la sociedad, los modos ó medios establecidos para conservar legalmente los derechos adquiridos, y que esta materia como toda otra de aplicación general debe ser reputada en el dominio absoluto de la ley.

CAPÍTULO IV

DE LA AUTORIDAD DE LAS LEYES NUEVAS CONCERNIENTES AL JUICIO Y AL PROCEDIMIENTO

Salvo el respeto debido á los derechos creados de que nos hemos ocupado en el capítulo segundo, las leyes nuevas que determinan el modo de ejercitar los derechos propios en juicio, haciéndolos reconocer por el juez competente ó haciéndolos declarar por el mismo para obtener por ministerio de ello la sanción judicial, deben tener en general autoridad retroactiva en el sentido de que no puede hacerse distinción alguna en su aplicación á todos los casos que se presenten después de empezar á regir, ya se trate de procedimientos relativos á derechos creados con anterioridad ya de aquellos que fueren adquiridos después de la vigencia de la ley nueva; y aun cuando ésta hubiere sido promulgada durante un procedimiento ya entablado deberá tener autoridad y aplicación respecto de aquellos procedimientos ya comenzados que hayan de ser proseguidos y terminados después de haber empezado á regir, porque aplicandola en este último caso no resulta violación alguna de los derechos adquiridos por las partes como consecuencia legal del derecho mismo controvertido ó en virtud de los precedentes actos procesales, según hemos explicado anteriormente.

La autoridad retroactiva de las leyes que conciernen al proceso civil debe admitirse con las restricciones antes expuestas, porque generalmente se refieren dichas leyes á las normas y á las formas para el ejercicio de los derechos, cuya materia está en el dominio del legislador, según también tenemos dicho en el capítulo anterior respecto de las que conciernen á la conservación de los derechos.

Al comenzar ahora cuanto atañe al orden de los juicios, ob-

servamos que dejando aparte lo que se refiere á la admisibilidad de la acción (de lo cual nos hemos ocupado antes), la forma procesal de ésta debe ser regida por la ley vigente en el momento en que dicha acción es ejercitada, y no por aquella bajo cuyo imperio hubiese sido adquirido el derecho en virtud del que se propone la acción. Así, por ejemplo, habrá que referirse á la ley vigente cuando tuvo lugar el hecho jurídico, para resolver si éste puede ó no ser reputado idóneo para establecer la posesión del derecho controvertido; pero para resolver después si para obtener la garantía judiciaria de tal derecho puede atribuirse á las partes la acción de retención ó la de reintegración, preciso es atenerse á las reglas de la legislación vigente en el momento en que se ejercite la acción con objeto de obtener la tutela judicial del derecho precedentemente adquirido.

El principio establecido ya por nosotros debe valer y tener aplicación en todos los casos en que la ley nueva modifique la organización de los Tribunales de justicia ó las reglas relativas á la jurisdicción ó las que determinan la jerarquía de la jurisdicción misma. La razón es siempre la misma, á saber: que siendo motivadas tales leyes por razones de interés público y de los particulares á quienes corresponde el derecho de proceder judicialmente, no puede ostentar contra él ningún otro el derecho de impedir al legislador el mejorar el sistema del ordenamiento judiciario y de las reglas que convienen á las jurisdicciones, y, por lo tanto, no pueden sustraerse al imperio de la ley nueva que hubiere sancionado nuevas reglas con relación á esto. En su consecuencia, si dicha ley hubiere sustituído al Juez único el Tribunal colegiado, ó si hubiere dispuesto que éste deba ser compuesto por Magistrados ordinarios ó por Jueces populares ó jurados, esa nueva organización de la magistratura debería tener aplicación, no sólo respecto de los procedimientos incoados después de haber empezado á regir la ley nueva, sino también en aquellos otros que estuvieren pendientes en el día de su publicación. La autoridad de las leyes antiguas, referentes á la composición de los Tribunales, cesa in-

mediatamente que sea publicada una ley nueva que sancione nuevas reglas acerca de ello.

En cuanto á las modificaciones en la materia de las jurisdicciones, necesario es admitir la misma regla; esto es, que cuando la ley nueva haya abolido una jurisdicción y la haya sustituído por otra, las causas pendientes ante la jurisdicción abolida deberán ser continuadas ante la que le hubiere sustituído. Esta es la solución que debe adoptarse en el caso de que para las contiendas relativas al matrimonio hubiese sustituído el legislador la jurisdicción de los Tribunales civiles por la de los Tribunales eclesiásticos. Conforme con estas consideraciones, el Tribunal de Apelación de Roma, en su sentencia de 14 de Enero de 1880, recaída en la famosa causa seguida entre Garibaldi y la Rainsondi, dijo: «Es principio inconcuso de derecho transitorio que las leyes nuevas, mientras respetan los derechos creados bajo las pasadas legislaciones, obran inmediatamente y despliegan su eficacia modificadora en orden á todo lo que atañe á la competencia y al procedimiento judiciario» (1).

Lo mismo debe decirse de las leyes nuevas que solamente modifiquen la jerarquía de las jurisdicciones ó las reglas relativas á la *reparación* ó casación de las sentencias, cuyas leyes deberán ser aplicadas aun á los procedimientos que se hallaren en curso, salvo el caso de que el derecho de recurrir para obtener la *reparación* ó la casación de la sentencia hubiese sido creado ya, en virtud de un acto procesal realizado antes de entrar en vigor la ley nueva.

Este principio es necesario, sin embargo, entenderlo siempre, teniendo presente lo que hemos dicho antes á propósito del derecho creado mediante un acto procesal; puesto que, si antes de la vigencia de la ley nueva, la parte que contendiese en juicio hubiese investido al Tribunal de la competencia necesaria respecto á la demanda ó instancia hecha, mediante un acto

(1) *Foro italiano*; 1880, pág. 162.

procesal completo y realizado en armonía con la legislación anterior vigente á la sazón, no podría entonces aplicarse en este caso la ley nueva para la prosecución del procedimiento incoado con anterioridad á la fecha en que la misma empezara á regir. De lo dicho se deduce, que no sólo debe admitirse que el procedimiento puede ser continuado en algunos casos con arreglo á la ley que estuviere en vigor en el momento en que con el acto procesal fué investida la autoridad judicial de la competencia necesaria para el conocimiento de la causa, sino que además en el caso de suscitarse discusión acerca de la competencia de la misma, después de haber empezado á regir la ley nueva, habría que tener en cuenta para resolverla si la autoridad judicial podría ó no considerarse investida del conocimiento de la causa, ó, mejor dicho, sometida ésta en su conocimiento por el acto procesal realizado, y cuando esta cuestión fuere planteada, necesario sería atenerse á la ley antigua para decidir acerca de la competencia de dicha autoridad.

Una cuestión mucho más delicada puede nacer en el supuesto de que una ley nueva hubiese modificado el ordenamiento ú organización de la magistratura y los órdenes de las jurisdicciones, instituyendo, por ejemplo, la jurisdicción especial mercantil para las contiendas relativas á los actos de comercio y que hubiese al mismo tiempo sancionado nuevas reglas para determinar la naturaleza mercantil ó civil de ciertos actos jurídicos.

En efecto, en esta hipótesis, que por vía de ejemplo hemos consignado, y en los demás casos de iguales circunstancias, pueden suscitarse dudas sobre si habrían ó no de tener autoridad desde luego para determinar la naturaleza del acto jurídico, al efecto de fijar así la jurisdicción, las disposiciones de la ley nueva que hubiere calificado de mercantil un acto que no pudiera ser considerado como tal según la legislación anterior.

Teniendo en consideración que el principio de la irretroactividad de las leyes no concierne más que el fondo del derecho, y que las leyes que modifican la composición de los Tribuna-

les ó su competencia son obligatorias á contar desde el día de su respectiva promulgación, salvo sólo el respeto debido á los derechos creados, se debe deducir que cuando haya modificado el legislador las disposiciones referentes á la jurisdicción de los Tribunales civiles, é instituyendo la jurisdicción comercial haya modificado al mismo tiempo las reglas relativas á la naturaleza mercantil ó civil de los actos jurídicos, habrán de ser aplicadas nuevas disposiciones aun á los hechos consignados bajo el imperio de las leyes anteriores, siempre que la calificación del acto tenga únicamente por objeto la determinación de la jurisdicción. No puede, en efecto, encontrarse en esto nada que afecte al fondo del derecho; y las reglas establecidas en la ley posterior como mejores y más eficaces para la recta administración de la justicia deben, por lo tanto, ser obligatorias inmediatamente por las mismas razones de orden público que las hubieren motivado. Los particulares no pueden, pues, ostentar contra la autoridad pública ningún derecho de proceder ante un tribunal con preferencia á otro, sino tan sólo en el caso de que hubieren adquirido, por virtud del acto procesal realizado bajo el imperio de la legislación anterior, el de continuar el procedimiento ante el mismo Tribunal á quien legalmente hubieren investido de la competencia necesaria para ello por consecuencia de dicho acto procesal según la indicada legislación.

Esto sucedería, por ejemplo, en el caso de que el interesado, rigiendo la ley que declaraba civil el acto que la ley nueva calificase de mercantil, hubiera incoado su demanda en el Tribunal antes de la vigencia de la ley nueva; en cuyo caso no podría negársele el derecho de proseguir su reclamación ante el mismo, ni podría impugnársele á dicho Tribunal el derecho de retener y fallar el litigio á pesar de que la ley nueva hubiere deferido la competencia al Tribunal mercantil. Existiría, en efecto, en este supuesto un derecho creado en virtud del acto procesal llevado á cabo y se vulneraría en otro caso el conocido principio *ubi judicium aceptum ibi et finem accipere debet.* Pero

si no hubiere sucedido esto, es decir, si no se hubiere llegado á crear ningún derecho, necesario sería atenerse á la ley nueva. La razón es bien sencilla, pues no se puede con razón sostener que la calificación del acto jurídico con el solo fin de fijar ó determinar la jurisdicción competente toque en nada al fondo del derecho, porque en sustancia, dicha calificación no viene á ejercer otra influencia en el asunto, más que para establecer si el interesado que pretende obtener la sanción judicial de su derecho debe acudir ante un Tribunal mejor que ante otro. Lo que afectaría, por el contrario, al fondo del derecho sería si, por la sola consideración de que la calificación del acto realizado bajo el imperio de la legislación es determinada después según la ley nueva, se quisiera aplicar ésta para decidir en conformidad á las nuevas reglas sancionadas por ella sobre la fuerza jurídica del derecho controvertido en el juicio. Así, por ejemplo, si, con arreglo á la ley anterior bajo cuyo imperio hubiere tenido efecto el hecho jurídico, pudiera ser impugnado el derecho, á causa de su índole de naturaleza civil, por la falta de escritura y no cupiera sostenerse que por la sola consideración de haber calificado la ley nueva de mercantil aquel asunto ó acto jurídico se hallaba investida la jurisdicción comercial del poder bastante para decidir acerca del mismo, podrían aplicarse en dicho caso las reglas sancionadas por la ley nueva para establecer en juicio la fuerza jurídica del acto completo y terminado bajo el imperio de la legislación anterior. Sin embargo, en cuanto afectare al fondo del derecho perteneciente á las partes, debería ser subordinado al imperio de la legislación vigente en el momento en que el acto jurídico quedare terminado. Lo que hemos dicho ya con relación al acto mismo en cuanto al solo efecto de determinar la jurisdicción competente no podría servir para sostener lo contrario.

Para todo lo concerniente á los actos que constituyen el proceso civil hasta la decisión del litigio y la ejecución de la sentencia debe admitirse sin género alguno de duda la aplicación de la ley nueva, y en su consecuencia se deberá trami-

tar con arreglo á ella la instrucción de una causa ó pleito, aun cuando hubiere sido incoado antes de entrar en vigor la nueva ley. Entiéndase, sin embargo, que al decir esto nos limitamos, como siempre hemos indicado, á las formalidades procesales, por cuyo medio deben ser ejecutados los actos necesarios para instruir la causa ó el juicio, y de ningún modo nos referimos á lo relativo á la admisibilidad ó inadmisibilidad de los actos que pueden tener lugar en el período de la instrucción, pero que son conexos con el fondo del derecho, y para los que convendrá en todo caso tener presentes las reglas expuestas ya en el capítulo segundo á propósito de la prueba en general, de la especial de peritos, etc., etc. Lo cierto es que las formas procesales para el desenvolvimiento de la prueba, para el examen de los testigos, para la inspección ocular, para la redacción de los actos y documentos que han de venir al juicio, etc., etc., deben ser reguladas con arreglo á la ley nueva, y no conviene apartarse ulteriormente de este principio, debiendo considerarse como regla unánimemente aceptada que los actos procesales deben ser gobernados por la ley vigente en el momento en que hubieren sido ejecutados, aun cuando tengan lugar en un juicio comenzado bajo el imperio de la legislación anterior.

Igualmente debe admitirse también la regla de que las formalidades que han de tener lugar para atribuir á la sentencia y al acto judiciario la fuerza de título ejecutorio y las exigidas para proceder á la ejecución de las sentencias deben quedar asimismo bajo el imperio de la ley nueva.

Consecuentemente con estos principios, debemos exponer que si dicha ley nueva hubiese establecido el nuevo precepto de que para proceder á los actos ejecutivos contra los bienes inmuebles ó los muebles del deudor fuere necesario notificarle antes el requerimiento ó mandamiento de pago, debería dicha notificación ser considerada como indispensable para comenzar los procedimientos ejecutivos de una sentencia dictada bajo el imperio de una legislación anterior que no exigiera, por ejemplo, dicho requisito para la ejecución ó el apremio

contra los bienes inmuebles; y claramente se entiende también que si los actos ejecutivos hubiesen empezado estando en vigor la ley anterior, podrían ser continuados á pesar de la falta de la notificación indicada, debiendo aplicarse tan sólo la ley nueva para las formas procesales, ya internas, ya externas, de los especiales actos del procedimiento de la ejecución que hubieren de tener lugar después de entrar en vigor dicha ley, y que asimismo deberán ser observadas las condiciones nuevamente establecidas, con las consecuencias legales estimadas por la ley nueva, para todo lo relativo á la nulidad ó anulación de tales actos en caso de incumplimiento de las reglas prescritas por la misma.

CAPÍTULO V

DE LA AUTORIDAD DE LAS SENTENCIAS PRONUNCIADAS ANTES DE ENTRAR EN VIGOR LA LEY NUEVA

El medio ordinario por el que termina el juicio es la sentencia definitiva del juez, es decir, de la autoridad competente para juzgar el asunto. Ahora bien: puede ocurrir que la sentencia sea pronunciada durante el imperio de la legislación anterior y que los efectos jurídicos que por ella han de conseguirse sean deducidos después de la promulgación de una ley nueva; y conviene, por lo tanto, determinar por cuál de dichas legislaciones deben ser regulados tales efectos civiles.

La sentencia, considerada como acto en sí, debe ser indudablemente estimada como un hecho consumado, y en este concepto no puede ser sometida á la ley posterior. Conforme con este principio debe estarse á las disposiciones de la ley vigente en el día en que fuere pronunciada la sentencia siempre que se trate de determinar el valor jurídico de la sentencia como tal, es decir, sí debe ser estimada como un simple proveído ó como una sentencia, y si en el caso de considerársele como tal debe atribuírsele el carácter de sentencia contradic-

toria, ó por el contrario, el de hallarse dictada en contumacia ó rebeldía de alguna de las partes, y en suma, para todo lo que pueda referirse á la forma de la misma y á las reglas determinadas por la ley para su validez.

Los efectos civiles que de la sentencia judicial se derivan pueden hacer relación á los derechos mismos controvertidos en el juicio que hubieren de ser determinados mediante ella, ó á los adquiridos por las partes en virtud del fallo.

Respecto de los primeros ha prevalecido entre los jurisconsultos romanos la doctrina de que la sentencia opera una novación, la cual han querido deducir dichos jurisconsultos del hecho del consentimiento de las partes que contienden en el juicio, base del contrato judiciario, fundándose para ello en la máxima de derecho *ut in stipulatione contrahitur, ita judicio contrahi* (1). Con este motivo dicen que, cuando las partes consienten en presentarse ante el juez para que por el mismo se decida la controversia entre ellos existente, debe considerarse el derecho adquirido después por el que triunfa en el juicio como fundado en el fallo, el cual produce la indicada novación. Esta opinión fué admitida por Godofredo en su comentario á la citada ley y por Bruneman, el cual, aceptando la idea de la novación, dice: *Collige per litem contestatu et judicatam novari actionem pristinam.* Los jurisconsultos modernos han impugnado con sólidas razones esta teoría de los romanistas, que el mismo Voet reconoce no estar fundada en un texto explícito de la ley (2), y teniendo en consideración que el juez no puede hacer otra cosa más que reconocer ó declarar los derechos de las partes, han rechazado dichos jurisconsultos el concepto de la novación.

Sin embargo, aun excluyendo toda idea de novación, no puede menos de admitirse que como la sentencia cuando es definitiva viene á ser el título en virtud del cual es establecido

---

(1) L. 3, § 11, Dig. *De Peculatu.*

(2) *Ad Pond. De re judic.*, núm. 30

y sancionado el derecho, el fallo se identifica con el mismo derecho reconocido y declarado, formando un todo con él. De esto proviene el que la sentencia sea el título de los derechos adquiridos por las partes en virtud del fallo, y así como éstos deben ser determinados según la legislación vigente en el momento en que dicha sentencia fuere pronunciada, del mismo modo para decidir acerca de la autoridad de la cosa juzgada respecto de las partes, y en cuanto á terceros debe estarse á la ley vigente en el día en que la sentencia hubiere sido dictada. Consecuentemente con esto debe también regir dicha ley para resolver cuáles sean las personas contra las que se puede hacer valer la sentencia mediante la acción *judicati* ó la excepción *rei judicatæ*, así como para decidir si puede ó no admitirse contra ella la oposición de tercero, etc., etc.

Conviene, además, advertir que si bien la sentencia declara el derecho controvertido, no puede influir, sin embargo, sobre la naturaleza de éste la inviolabilidad propia de dicha sentencia, en cuanto tiene la autoridad de cosa juzgada; por lo que si en virtud de los principios que conciernen á la retroactividad de las leyes puede ser limitado ó negado por consecuencia de una ley nueva el derecho declarado en la sentencia, no puede ser estimada la autoridad de la cosa juzgada como motivo bastante para modificar, en otro sentido, la naturaleza del mismo derecho con relación á la ley nueva. En otros términos: cuando el derecho declarado pueda ser por sí mismo sometido á los preceptos de la ley nueva, no se podría rechazar la autoridad de ésta en virtud de la inviolabilidad de la cosa juzgada.

Así, por ejemplo, si rigiendo una ley que admitiera la investigación de la paternidad, aun en el caso de filiación adulterina, declarando obligado al padre á prestar los alimentos y la educación al hijo adulterino, y seguido el correspondiente juicio se probase la paternidad, dictándose, en su consecuencia, sentencia definitiva en que se condenase al padre á prestar dichos alimentos y educación, se publicara en dichas circunstancias una ley nueva restringiendo las obligaciones del padre

respecto del hijo adulterino á la sola prestación de los alimentos, no se podría fundar en la inviolabilidad de la cosa juzgada bajo la legislación anterior el derecho del hijo adulterino para obtener, á más de los alimentos, la educación proporcionada á su condición civil después de la promulgación de la ley nueva que le hubiere negado tal derecho. En efecto: teniendo en cuenta, como hemos dicho ya, que el derecho declarado en el juicio puede por sí mismo caer bajo los preceptos de la ley nueva, desde luego se comprende que no puede atribuírsele un carácter distinto en virtud de la sentencia y de la inviolabilidad de la cosa juzgada, puesto que ella no hace otra cosa que declarar ó reconocer el derecho, pero con las consecuencias á que el mismo estuviere sujeto, una de las cuales sería la de caer por sí bajo el imperio de la ley posterior. No se debe, pues, confundir una cosa y otra; es decir, el carácter de la sentencia y el del derecho mismo. La sentencia que llegue á adquirir la autoridad de cosa juzgada tendrá siempre la fuerza jurídica que corresponda á las de esta clase, según la legislación anterior vigente al tiempo de ser dictada; pero el derecho declarado mediante ella puede caer bajo el dominio de las disposiciones de la ley nueva en conformidad á las reglas que rijan la autoridad de la misma con relación á los derechos precedentemente creados.

Respecto de los derechos adquiridos por las partes en virtud del fallo, conviene indicar que la sentencia puede ser el título de los derechos procesales adquiridos mediante ella, y éstos deben depender también de la legislación vigente en el día en que la sentencia fuese dictada y en que fueron adquiridos los mismos como efectos civiles de ella. Conforme con esto, todos los efectos procesales que la legislación anterior atribuía á la sentencia, es decir, las vías legales para hacerla reformar ó anular, los medios para llegar á pronunciarse nueva sentencia, y en general, las excepciones de que son susceptibles según la legislación vigente en el momento en que fué dictada, deben ser determinados con arreglo á la misma, porque estos son efec-

tos intrínsecos del fallo y adquieren existencia con él, y como tales efectos, constituyen derechos adquiridos á los cuales no debe atentar la ley posterior.

Así, por ejemplo, si bien el art. 643 del Código de Comercio francés extendió á las sentencias dictadas por los Tribunales de Comercio la disposición del art. 156 del Código de procedimientos civiles, que reputa como no celebrado el juicio en contumacia contra una parte que no hubiere designado procurador, si la sentencia no hubiese sido ejecutada dentro de los seis meses, á contar desde el día de su publicación; esta disposición no debe estimársela aplicable á las sentencias de esta clase pronunciadas bajo el imperio del Código de procedimientos, pero antes de la promulgación del Código de Comercio; y en este sentido fué resuelta dicha cuestión por la Corte de Burdeos en su sentencia de 26 de Enero de 1811, y por la de Caen en la de 15 de Diciembre de 1825. La Corte de Colmar había resuelto lo contrario en 13 de Noviembre de 1812, pero esta sentencia fué casada en 13 de Noviembre también, del año 1815.

También debe estarse á lo dispuesto en la ley que se hallare en vigor á la fecha en que fuese dictada la sentencia, para decidir si ésta puede ó no ser calificada de definitiva, es decir, de dictada en última instancia, ó si puede, por el contrario, admitirse contra ella solamente el recurso de casación ó además el de apelación, así como para resolver acerca de los términos en que debe ser deducida la apelación y cuanto puede concernir á la revocación ó á cualquiera otro medio para impugnar la sentencia. Todos estos medios, así como las circunstancias y los motivos por los que pueden ser admitidos ó rechazados, deben ser considerados como condiciones de la existencia, de la validez ó de la nulidad del fallo, inherentes á él, y, por lo tanto, tienen que ser regidos por la misma ley bajo cuyo imperio fuere pronunciada la sentencia.

Esta teoría tiene su fundamento en cuanto hemos dicho antes con relación á los derechos creados en el proceso civil. En

efecto, necesario es reconocer que el derecho de impugnar una sentencia ó el de promover cualquier recurso para obtener su reforma ó revocación á instancia de una ó de otra de las partes contendientes en el juicio, con arreglo á la legislación que estuviere vigente en el momento en que la sentencia es formulada, constituye un propio y verdadero derecho creado, el cual no puede ser atacado ni vulnerado por la ley posterior, y lo sería seguramente si se pudiese admitir que contra una sentencia recaída antes de empezar á regir la ley nueva é inapelable, según la legislación bajo cuyo imperio fuere dictada, pudiera ser susceptible de apelación fundada en la ley nueva que hubiere quitado á la misma sentencia el carácter de definitiva, ó vice-versa.

Para lo que debe ser aplicada dicha ley nueva es para la forma del procedimiento en los especiales actos que tienen que ser terminados después de estar en vigor la misma. Debe, pues, admitirse siempre como regla general que todo aquello que afecta al fondo del derecho adquirido, es decir, aquello que se denomina *decisoria litis* debe ser regulado irrevocablemente por la ley bajo cuyo imperio hubiere sido adquirido el derecho; pero lo relativo á la forma, es decir, la *ordinatoria litis*, debe caer bajo el imperio de la ley vigente en el momento en que el acto judicial fuere realizado. Conforme con este principio, falló justamente la Corte de Casación francesa en su sentencia de 1.° de Marzo de 1820 (1), que si el fondo del derecho de apelar y el término útil para producir la apelación deben ser regidos por la ley del tiempo en que fué pronunciada la sentencia, tanto la forma en que debe deducirse dicho recurso, como la sustanciación establecida para la tramitación del asunto en la apelación, debe subordinarse únicamente á la ley que estuviere en vigor cuando hubiese sido producido el recurso, y el mismo principio ha sido reconocido por la Corte de Burdeos en su sentencia de 16 de Enero de 1815 (2).

(1) Sirey, t. xx-1, pág. 228.

(2) El mismo, t. xv-2, pág. 153.

También justamente estimó la misma Corte de Casación francesa que los nuevos medios ó recursos establecidos por la ley nueva no podían ser aplicados á las sentencias anteriores, resolviendo, en su consecuencia, en 21 Fructidor, año IX, y el 2 de Julio de 1808 (1), que no podía ser interpuesto recurso de casación contra las sentencias superiores dictadas en los Estados de Génova y del Piamonte antes de haber sido publicada la ley francesa que admitía dicho recurso.

Encontramos perfectamente ajustados á estos principios las disposiciones transitorias sancionadas por el legislador italiano en 1865 para la aplicación del Código de procedimiento civil en las provincias de la Lombardía. Dicho legislador dispuso, en efecto, en los artículos 18 y 19 lo siguiente:

«Á los juicios de apelación pendientes en 1.º de Enero de 1866 será aplicable lo dispuesto en el art. 490 del Código de procedimiento civil, aun cuando no estuviere á la sazón completa la instrucción, salvo los derechos irrevocablemente adquiridos y los efectos jurídicos de las pruebas ya ejecutadas en los términos de la legislación que hubiere cesado de regir. Las causas que el 1.º de Enero de 1866 hubieren sido falladas aun en segundo grado, pero que fueren susceptibles de ulterior instrucción, serán llevadas en tercera instancia, con arreglo al procedimiento anterior.»

Dicho esto, deben considerarse qué efectos civiles de la sentencia hayan de quedar sometidos al imperio de la ley bajo cuyo imperio fuere pronunciada, así como los derechos accesorios que por ella se consigan, y lo mismo debe decirse para decidir si una ú otra de las partes debe ser obligada á soportar los gastos del juicio y en qué proporción. Igualmente, si rigiendo la antigua legislación pudiera corresponder á una de las partes la acción civil contra el juez, ésta no podría ser privada de él si por una ley nueva se dispusiese lo contrario respecto de esto. Debe, por otra parte, admitirse que ciertos derechos acce-

(1) MERLÍN, *Quest de droit*. V. *Cassation*, § 2, *Pays reunis*, núm. 4.º

sorios pueden ser fundados en la nueva ley, y no existe razón alguna para ser rechazados por la mera consideración de que no se hallaban concedidos por la legislación anterior.

Por ejemplo, en todos aquellos casos en que á la sentencia ó al recurso de apelación se la deba considerar fundado en la legislación anterior y en que el juez de apelación deba decidir sobre el fondo de la instancia en conformidad á dicha legislación, si por la ley nueva se hubiese concedido el derecho de reclamar los intereses, los frutos, los accesorios devengados después de la sentencia de primera instancia y el resarcimiento de los daños sufridos también después de ella, no podría privarse á la parte que hubiere promovido el juicio de apelación el invocar la ley nueva para obtener los intereses y el resarcimiento citados. No cabe, en efecto, sostener que la otra parte pudiera ostentar respecto de esto ningún derecho creado para repeler la autoridad de la ley nueva y para quitar al colitigante el derecho de aprovecharse de las mayores garantías sancionadas por dicha ley para la tutela judicial de los derechos.

Finalmente, se debe también reputar como un derecho creado con la sentencia, el de proceder, en virtud de ella, á la ejecución forzosa contra el deudor y el de emprender la vía ejecutiva, siendo, por lo tanto, necesario atenerse á la ley, bajo cuyo imperio hubiese sido pronunciada la sentencia, no sólo para resolver acerca de la eficacia de la misma y de su carácter como título ejecutivo, sino también para determinar además los derechos creados por los actos llevados á cabo por consecuencia de una sentencia ejecutable. La ley nueva deberá ser aplicada únicamente para dar curso á los actos de ejecución.

El principio justo respecto de esta materia le encontramos formulado en la ley transitoria italiana, la cual, en su art. 12, establece á este propósito lo siguiente:

«Las sentencias, las *ordenanzas* y los otros actos judiciales que á la fecha de empezar á regir el nuevo Código de procedimiento fueran ejecutables en una forma distinta de la prescrita

por este Código, podrán ejecutarse sin que sea necesaria la presentación de la copia en forma ejecutiva. Si á la ya dicha no fuesen todavía ejecutables, la parte que quiera promover la ejecución deberá proveerse de la copia en forma ejecutiva, observadas las prescripciones del art. 557 del Código de procedimiento.»

Esta regla debería ser reconocida, como fundada en los principios generales del derecho transitorio, aunque no se hubiera expresamente sancionado por el legislador, constituyendo un canon ó principio unánimemente aceptado por los jurisconsultos el que las formalidades ó ritualidades procesales para los medios de la ejecución deben ser regidos por la ley actual, es decir, por la que se hallare vigente cuando hubieran de tener efecto. *Ratio est*, decía Molineo, *quia virtus instrumenti concernit meritum, sed modus exequendi concernit processum* (1). En su virtud, si el acreedor pudiera fundar en la sentencia el derecho de proceder á la ejecución mobiliaria, debería ajustarse á la ley en vigor en el momento en que se valiera de tal medio de ejecución si ésta hubiese restringido la categoría ó el número de los objetos respecto de los que pudiera procederse á la ejecución. Pero no podría igualmente, en virtud del derecho creado, de proceder á los actos ejecutivos, atenerse á la ley nueva que hubiese permitido acumular la ejecución contra los bienes muebles y los inmuebles á la vez, si la sentencia hubiere sido pronunciada bajo el imperio de la legislación anterior que no permitiera dichos medios de ejecución, y que considerase á la sentencia con fuerza ejecutiva contra los bienes muebles solamente, pues no se trataría en este caso de la forma del procedimiento correspondiente al medio de ejecución, sino más bien del fondo del derecho y de la naturaleza y extensión del mismo.

Una cuestión mucho más difícil respecto de esta materia es la que puede suscitarse sobre si el derecho á la ejecución per-

(1) MOLINEUS, t. 3.°, *Com. ad Cod.*, l. 1, tit. 1.°

sonal, mediante el arresto del deudor, adquirido en virtud de una sentencia pronunciada bajo el imperio de una ley que conceda tal medio de ejecución, puede ó no ser sometido á una ley nueva que le haya negado por completo ó que haya restringido su ejercicio.

No faltan quienes han querido considerar como un derecho creado contractualmente el derecho de proceder contra la persona del deudor para hacer más seguro el cumplimiento de las obligaciones del mismo; pero esta opinión no puede ser acogida, porque la libertad individual ó personal no puede ser nunca materia de contratos ni objeto de un verdadero y propio derecho creado. Mucho más acertado es considerar éste, igualmente que los demás medios coercitivos, como un modo de ejecución permitido por la ley; y por lo tanto, cuando en el momento en que quiera procederse á la ejecución personal exista una legislación que lo prohiba por completo, habrá indudablemente que atenerse á la ley nueva. Las razones de orden público, por las que limite ó derogue el legislador el arresto personal como medio de ejecución, confirman la justa teoría, en virtud de la que debe admitirse que la ley vigente, en el momento en que se quiera proceder al arresto del deudor, debe regular soberanamente este medio de ejecución, y que no puede darse jamás el caso de limitar la autoridad de la ley nueva, ostentando frente á ella derechos creados. Ni aun para continuar la ejecución personal, comenzado ya bajo la legislación anterior, ó para la duración del arresto, se podría invocar tampoco la autoridad de la misma, en oposición á la ley nueva que hubiese abolido totalmente el arresto personal ó que hubiese limitado el tiempo de su duración.



DE LA RETROACTIVIDAD É IRRETROACTIVIDAD

DE LAS LEYES DE PROCEDIMIENTO EN EL PROCESO PENAL

Los principios de derecho transitorio que hemos expuesto con relación á las leyes concernientes al procedimiento civil no pueden servir respecto del penal, y esto depende de que es sustancialmente distinto el objeto á que obedecen y á que tienden uno y otro. El objeto del primero consiste en llegar por medio de los mejores métodos jurídicos á establecer judicialmente los derechos adquiridos en materia civil, á fin de obtener la garantía judicial de los mismos. El del segundo estriba, por el contrario, en depurar con la mayor seguridad y expedición los hechos reprobados por la ley, como contrarios al orden social, á fin de hacer así menos difícil el ejercicio del derecho perteneciente á la soberanía de asegurar la tutela del orden jurídico por medio del castigo del culpable dando de ese modo á la sociedad más completa y más segura garantía del respeto de las leyes que tienden á amparar el orden público.

Hecha esta distinción, resulta á primera vista claro y evidente que respecto á todo lo que concierne á la instrucción del proceso, no pueden existir derechos creados por parte de los particulares, puesto que como el procedimiento penal no tiende á asegurar el goce de los derechos pertenecientes á ellos, sino más bien á regular el mejor ejercicio del derecho que á la soberanía asiste, para buscar al culpable y castigarlo, debe ad-

mitirse que el legislador ha de ser independiente y que no pueden, en suma, encontrar limitación alguna en el respeto debido al derecho creado á favor del culpable, los métodos jurídicos y el procedimiento sancionado para el más seguro descubrimiento del culpable y la más recta estimación de la responsabilidad penal del mismo. Al culpable corresponde, en verdad, el derecho á la defensa, pero este derecho sólo consiste en la facultad que al mismo puede pertenecer para repeler la autoridad de la ley penal y de impugnar el derecho de castigar ó de limitar el rigor de la ley y la aplicación de la pena; y todo esto debe ser regido por los principios que fueron expuestos antes acerca de la retroactividad de la ley penal y de las sanciones penales establecidas por ella.

El culpable, en sus relaciones con el proceso penal, no puede tener dentro de él otra posición más que la de sujeto pasivo, y no pudiendo invocar ningún derecho respecto del legislador que hubiere mejorado las formas del procedimiento penal para hacer más sólida la garantía del orden público, que son el objeto del proceso mismo, no debe, por lo tanto, sustraerse al imperio de las nuevas leyes procesales, las cuales tienen que ser inmediatamente aplicadas para la instrucción de la causa, hasta tanto que sea terminada y sin que pueda hacerse diferencia alguna en el caso de que la instrucción hubiese sido comenzada antes de la promulgación de la nueva ley procesal. No hay, en efecto, razón alguna para admitir, en virtud de la circunstancia de hallarse comenzado el proceso, la existencia de ningún derecho creado por parte del acusado, como hemos dicho y demostrado en el proceso civil.

El delincuente no puede ostentar derechos creados respecto de la ley penal ni en cuanto al procedimiento criminal, porque la primera tiende á establecer el fundamento del derecho de castigar perteneciente al Estado y el segundo á determinar las formas mejores para el ejercicio del mismo derecho; y como todo esto no se halla inspirado en el interés particular, sino en el social, no hay motivo para admitir, en consideración á aquel

interés, y en beneficio de los particulares, el respeto á los derechos creados por los mismos.

Estimamos, pues, en resumen, como se dijo en el decreto del Gobierno francés del 5 Fructidor, año IX, que sin violar el principio de la no retroactividad debe ser regido por las nuevas leyes de precedimiento todo lo relativo á la instrucción de las causas criminales, aun no terminadas; pero conviene, sin embargo, determinar bien la autoridad de las mismas, teniendo en cuenta los principios que hasta aquí nos han guiado para determinar la autoridad de las nuevas leyes penales.

Empezando por las acciones penales, hay que advertir que no se pueden admitir por parte del delincuente ningún derecho creado con relación á dichas acciones, y por lo tanto, si la ley nueva hubiese sancionado que no se pueda proceder por un determinado delito más que en virtud de querella de la parte ofendida, esta nueva disposición, por consecuencia de la que se priva del carácter de acción pública á la relativa á dicho delito, deberá ser aplicada aun á los que hubieren sido cometidos bajo el imperio de la legislación anterior que no exigiera como necesaria tal querella; pero si, por el contrario, fuese ésta necesaria según dicha legislación, y la ley nueva en su lugar ordenara que podia procederse de oficio, esta nueva disposición no debería ser aplicada en los delitos cometidos antes de haber entrado en vigor la misma, en los que no hubiese sido promovida querella por el perjudicado.

La razón de este principio se funda en la teoría general que hemos expuesto al ocuparnos de la autoridad de la ley penal nueva respecto de los delitos cometidos antes de haber comenzado á regir. Del mismo modo que no puede aplicarse la ley nueva para castigar un hecho que no hubiere sido expresamente calificado como delito por la legislación anterior (no ya precisamente por virtud del derecho creado de parte del autor del hecho para ejecutarlo libre é impunemente, sino por el contrario, porque faltaría á la soberanía el derecho de castigar aquel hecho que no constituía delito según la legislación del

tiempo en que hubiere sido ejecutado), tampoco podría aplicarse la ley nueva á la penalidad del acto criminoso en el caso de que con arreglo á la ley vigente en el momento en que hubiere sido cometido no pudiera darse lugar al castigo más que á virtud de querella de la parte ofendida, porque equivaldría á dar autoridad retroactiva á la ley penal si la penalidad pudiese quedar sujeta á las disposiciones de la legislación nueva. No es pues, repetimos, por el respeto al derecho creado de parte del delincuente, sino por consideración á los supremos principios de justicia que deben regular el derecho de castigar y la punibilidad de las acciones, por lo que se debe admitir sin contradicción alguna que no puede procederse de oficio para penar un delito cometido bajo la legislación anterior que exigiera para ello la instancia del perjudicado, no habiéndose deducido ésta en los términos establecidos por dicha legislación.

Las disposiciones transitorias para la aplicación y vigencia del Código penal italiano sancionadas en 1.° de Diciembre de 1889, son perfectamente conformes á los principios que quedan expuestos. He aquí, en efecto, cómo se proveyó acerca de esto en el art. 43 de las mismas:

«Por los delitos cometidos con anterioridad al 1.° de Enero de 1890 no se puede proceder de oficio:

»1.° Si por la ley del tiempo del delito cometido fuera necesaria la querella de parte;

»Y 2.° Si no siendo exigida la querella de parte por la legislación anterior, fuese necesaria según el nuevo Código.

»Si el nuevo Código estableciera un término para presentar una querella, éste empezará á correr desde la promulgación del mismo. Si el Código no estableciera término alguno y existiera ya un procedimiento en curso, éste no se podrá proseguir si dentro de los seis meses siguientes á la promulgación del nuevo Código no se presentase la querella.»

Resulta, pues, evidente que cuando la querella de parte, no exigida por la legislación anterior, sea declarada necesaria

por la ley nueva, es preciso atenerse á ésta en virtud de los mismos principios por los que hemos demostrado la autoridad retroactiva de la ley penal más benigna.

Para todo lo relativo á los nuevos sistemas de jurisdicción, de competencia y de organización de Tribunales en el orden penal no se puede tampoco admitir, que para dejar á salvo las garantías de justicia sancionadas por la ley en interés del acusado, no deban aplicarse dichos nuevos sistemas á los juicios criminales ya comenzados y pendientes en el momento en que la ley nueva hubiere entrado en vigor. En efecto, no se puede fundadamente sostener que la soberanía que para el mejor ordenamiento de la justicia penal instituya nuevos Tribunales especiales para el conocimiento de determinados delitos, ó que modifique la organización de los Tribunales ya instituídos, no pueda sino en casos de justificada irretroactividad extender sus preceptos á las causas pendientes estableciendo por expresa disposición que también las meramente comenzadas, cualquiera que sea el grado de instrucción en que se hallaren, deban ser pura y simplemente sometidas á los nuevos Tribunales ó proseguidas con arreglo á las nuevas órdenes de organización judiciaria. Decimos que esto no puede ser admitido, porque en el procedimiento penal no cabe atribuir al delincuente ningún derecho procesal creado á su favor en virtud del conocido principio *ubi semel judicum acceptum ibi et finem accipere debet*, y por otra parte porque las supremas razones de interés general que motiven los nuevos sistemas como más convenientes para la recta administración de la justicia, pueden justificar además la inmediata aplicación de los mismos áun á las causas pendientes. El procesado á su vez no puede quejarse de que sea hecha y administrada la justicia por medio de los mejores é innovados procedimientos. No se puede sostener, por lo tanto, que pecaran de retroactividad las leyes francesa del 18 Pluvioso, año IX, y del 23 Floreal, año X, las cuales dispusieron en parecidos términos que todas las causas que estuvieren comenzadas y en curso

para su instrucción debieran ser sometidas á los Tribunales creados por las mismas, toda vez que, aun cuando el legislador privó así con ello á los acusados del favor de que gozaban para ser juzgados por jurados, no violó, sin embargo, ningún derecho creado por parte de ellos.

Como ya hemos dicho en otra ocasión, quien comete un delito, no puede ostentar ningún derecho á que la justicia deba ser administrada en una ó en otra forma y á que el legislador no mejore los sistemas por cuyo medio hayan de conseguirse los objetos á que tiende el procedimiento penal, á saber: el descubrir la verdad y hacer más justo y más seguro el castigo. Portalis, Ponente en la citada ley del 18 Pluvioso, justificó con buenas razones jurídicas la disposición de la misma, alegando que había sido motivada por el interés general de hacer cesar el espectáculo impresionante de la impunidad (*le spettacle effrayant de l'impunité*), y teniendo esto en cuenta, no se puede ciertamente decir que esa ley, por tales razones de interés público motivada, haya pecado de retroactividad.

Debe además admititirse que el legislador, sin incurrir en el vicio contrario, puede también disponer que, para no agravar la condición del procesado que se encontrare ya sometido á ios Tribunales competentes para el conocimiento de la causa, sean respetadas las antiguas reglas de jurisdicción y de competencia con arreglo á la legislación bajo cuyo imperio hubiere comenzado el proceso. Así lo hizo el legislador italiano, el cual, en las mencionadas disposiciones transitorias para la aplicación y vigencia del Código penal, ordenó en el artículo 45 lo siguiente:

«En los debates penales, ya comenzados, y en las causas pendientes en grado de oposición ó de apelación el día 1.° de Enero de 1890, la competencia es regulada según la legislación anterior.»

Por el contrario, para las causas en que no hubieren comenzado aún los debates, cuando fué publicado el nuevo Có-

Código, el legislador italiano dispuso en el artículo 44 lo que sigue:

«Las causas criminales, en las que con anterioridad al 1.º de Enero de 1890 hubiese decretado ya la citación y audiencia, ó pronunciado sentencia ó providencia de envío al juicio, serán llevadas á debate ante la Autoridad judicial que fuere competente, según las reglas de los artículos 9.º, 10 y 11 del Código de procedimiento penal modificadas en el presente decreto.

»A este objeto el Ministerio público provocará ante el Juez instructor, ante la Cámara del Consejo ó en la sesión de acusación, un nuevo procedimiento para el envío de los procesados al pretor, al Tribunal ó á la Corte competente.»

En la legislación francesa se encuentra también un precedente en el mismo sentido. En efecto, el art. 7.º de la ley de 18 de Enero de 1792 dispuso que todas las querellas ó acusaciones seguidas de informaciones anteriores á la época de la instalación de los tribunales creados por la ley de 1791 no deban ser juzgadas por los Jurados, sino por los Tribunales competentes según la legislación anterior.

Pero haciendo caso omiso de todo lo que los legisladores de los demás países han dispuesto acerca de este particular, debemos insistir en sostener que esta materia se halla por completo dentro del dominio supremo de la soberanía, y que respecto de ella puede disponer de una manera ó de otra sin pecar de irretroactividad. Podrá parecer más equitativo no agravar la condición del procesado; pero razones de interés público pueden sugerir lo contrario para desarrollar mejor el objeto de hacer cesar la impunidad en que se hallasen ciertos delitos con detrimento de los intereses sociales; y procediendo de este modo y por estos motivos el legislador, no puede aducirse que haya violación alguna de los derechos creados.

La sola dificultad que puede suscitarse es en el caso de que el legislador no haya dispuesto acerca de esto ni en una ni en otra manera, en cuyo caso conviene tener presentes los

principios generales del derecho é inspirarse en ellos para conciliar los intereses generales que exigen el castigo de los delitos con las garantías de justicia establecidas también en interés público con relación al acusado.

Teniendo presente el justo concepto de que la soberanía no puede ser jamás despojada de la facultad de valerse de todo medio eficaz para amparar los intereses públicos y la seguridad de los particulares, necesario es admitir que la no retroactividad de las leyes penales sólo puede ser sostenida respecto de la penalidad y punibilidad de los actos declarados criminosos; pero que en cuanto á la forma de la instrucción procesal y de la competencia, corresponde á la soberanía el derecho de modificar y mejorar los sistemas ó reglas del procedimiento criminal, incluso todo lo que concierne á la competencia, por cuyo medio ha de conseguirse el objeto de encontrar al culpable y castigarlo. De esto se deduce que, cuando el legislador no haya dispuesto lo contrario, deben ser inmediatamente aplicadas en el proceso penal las nuevas formas de procedimiento judicial, aun para los actos anteriores respecto de los que no se hubiere pronunciado todavía sentencia definitiva.

Este principio fué con toda claridad establecido por la Corte de Casación francesa en sentencia de 10 de Mayo de 1822, á propósito de un delito de imprenta cometido bajo el imperio de la ley de 26 de Mayo de 1819, que atribuía el conocimiento á la Corte de los Asises, y que ella estimó debía ser juzgado con arreglo á las disposiciones de la ley de 25 de Marzo de 1822, la cual sometió á los Tribunales correccionales el conocimiento de tales delitos: «Considerando, dice esa sentencia, sobre el medio de casación fundado en la violación del principio de la no retroactividad de las leyes, que, en el silencio de la ley relativamente á su efecto sobre el pasado, no es aplicable este principio más que al fondo de los derechos adquiridos y á la punición de los delitos anteriormente cometidos, pero de ningún modo lo es á las reglas, según las que

deben ser perseguidos ante los Tribunales tales delitos y realizados tales derechos...» (1).

Solamente se puede admitir, no en consideración al respeto de los derechos creados por el acusado, sino, por el contrario, para no mermar las garantías judiciarias establecidas en beneficio del mismo, que deban ser respetadas las reglas sancionadas por la legislación anterior, no en lo relativo á la competencia, sino en cuanto se refiere al orden del juicio y al interés de la defensa en el caso de que dicha ley hubiese guardado silencio acerca de este particular. Por ejemplo, suponiendo que según la legislación anterior no pudiera ser enviado el acusado á la jurisdicción competente más que á consecuencia de una sentencia de la sección de acusación y con el derecho de someterse á la Corte de Casación esta sentencia de envío al juicio, si después la ley nueva atribuyere á otro Tribunal el conocimiento de la causa, no podría negarse al acusado, sin menoscabar las garantías de justicia establecidas por la legislación anterior en interés del mismo, el derecho de exigir que se le someta al juicio por la sección de acusación, y que se someta también á la censura de la Corte de Casación la sentencia dictada por dicha sección.

Sostenemos esto, no por los respetos debidos á los derechos creados porque ninguno puede verdaderamente admitirse á favor del acusado en el proceso criminal, según hemos ya indicado, sino en consideración á los supremos principios de la justicia penal en virtud de los que no se debe agravar la condición del reo y aplicar las disposiciones de la ley nueva relativas á los medios de defensa (que pueden estar sugeridos y justificados por las nuevas condiciones sociales) á los delitos cometidos antes de haber entrado en vigor dicha ley. Las nuevas reglas acerca de la competencia tienden á amparar y proteger los intereses sociales y deben por lo tanto ser inmediatamente aplicadas; pero las que se refieren á los medios de de-

(1) Dalloz, *Repert. jur.* V. *Lois*, sentencia 3.ª, art. 2.º, pág. 871.

fensa constituyen las garantías de justicia establecidas en interés del acusado y cuando el delito hubiere sido cometido con anterioridad á la promulgación de la ley nueva, no podrían ser aplicadas las nuevas disposiciones establecidas por ellas en consideración á las condiciones sociales que á la sazón imperen, sin exponer al acusado á una mayor probabilidad de condena, lo cual contribuiría indirectamente á dar á la ley penal autoridad retroactiva respecto de la penalidad y punibilidad del acto cometido antes de entrar en vigor la misma (1).

Esta distinción que hemos hecho puede tener mayor importancia en el supuesto de que las nuevas leyes del procedimiento penal hayan sido promulgadas á consecuencia de haberse decretado el estado de sitio.

La legislación que concierne al estado de sitio tiene en verdad un carácter propio, porque no atiende solamente á modificar las reglas ordinarias de la instrucción, de las formas procesales, de la competencia en materia penal y de las demás por las que pueda proveerse mejor al descubrimiento y represión de los delitos, sino que, por el contrario, constituye una alta medida política, que puede en todos los casos ser justificada (salvo siempre la cuestión de la oportunidad de dicha medida) por la consideración de que el cuerpo social puede valerse de todos los medios que, según los principios del derecho, tienden á amparar los intereses públicos y su defensa; y cuando subsisten ciertas circunstancias en que la aplicación de las leyes ordinarias constituyan un peligro ó daño real para la completa tutela del bien público y de los intereses del cuerpo social puede ser llamada á regir la legislación especial que atañe al especial ejercicio de los poderes públicos para mantener el orden social.

No podemos examinar á fondo cómo y cuándo debe ser llamada á regir la ley sobre el estado de sitio, promulgándose su

---

(1) Conf. la sentencia de la Corte de Casación francesa de 24 de Octubre de 1817, *Sirey*. tom. 18-1-119.

aplicación de modo que no resulte ofensa para la ley constitucional. Pero aparte de todo esto, no es menos necesario reconocer que en consideración al fundamento en que descansa y al objeto á que tiende, debe ser estimada dicha ley como el complemento de la legislación ordinaria y que su carácter es el de una legislación especial, permanente como la general, pero llamada á regular un cierto orden de cosas determinado que no puede caer bajo la acción de la ley común, el cual debe ser sometido al imperio de ella siempre que tal orden de cosas venga á tener lugar.

Teniendo bien en cuenta todas estas indicaciones, se llega fácilmente á comprender que no puede ser considerada la ley especial sobre el estado de sitio como una ley excepcional, accidental y temporal, sino que, por el contrario, debe ser estimada como excepcional ó temporal al orden de cosas que puede motivar el imperio de la misma, y en su consecuencia, debe considerársela como una ley especial y permanente, la cual no puede ser llamada á regir más que accidentalmente; esto es, cuando subsistan las circunstancias que la pueden hacer aplicable y de las que no puede hacer uso el poder público, más que con arreglo á la norma establecida por la ley constitucional, la cual define la responsabilidad que puede contraerse por llamarla á regir ó ponerla en vigor.

Conviene, ahora, advertir que si bien el imperio de esta ley es motivado por causas y circunstancias excepcionales que hacen necesario en interés público el régimen especial del estado de sitio, y aunque el solo objeto á que obedece consiste en procurar eficazmente que cesen dichas causas, proveyendo así á la pública defensa, el legislador, sin embargo, puede sin injustificada retroactividad declarar aplicable dicha legislación á todos los actos anteriores á la promulgación del estado de sitio y á los autores de los mismos, porque siendo tales causas las que pueden hacer necesarias la promulgación del estado de sitio, quedaría frustrado el objeto á que esa legislación debe tender si los promulgadores de ella no pudiesen tocar á todos los

actos sometidos á la misma, aunque fueren anteriores á la declaración del estado de sitio.

No se podría, en efecto, tachar de retroactividad esta extensión de las disposiciones de dicha legislación especial, porque la declaración del estado de sitio no crea por sí las circunstancias excepcionales que pueden motivar el que se llame á regir la ley especial que á ese estado de cosas concierne, sino que dichas circunstancias existen con anterioridad á tal declaración. Por ésta se proclama, en efecto, subsistente y se declara aplicable dicha ley especial por circunstancias que tienen existencia anterior, toda vez que motivan y dan lugar á dicha declaración; y, por lo tanto, el legislador puede extender á ellas las disposiciones de esa legislación especial, llamándola á regir y ampliando, sin retroactividad, su aplicación á los actos cometidos antes de la promulgación del estado de sitio, pero en las circunstancias que hagan precisa dicha promulgación.

Sin embargo, si el legislador no hubiese dispuesto expresamente acerca del particular, no nos parece que el Magistrado pueda por sí solo extender, sin incurrir en retroactividad, la aplicación de dicha ley á los delitos cometidos antes de ser publicado el estado de sitio. El principio general que, con otros muchos jurisconsultos, hemos sostenido de que la instrucción, la forma del procedimiento y la competencia en la materia penal, está siempre en el dominio de la soberanía, pudiendo ser aplicadas sin retroactividad las nuevas disposiciones á los delitos anteriores á la nueva ley para todo lo que concierne á dichos extremos, puede también servir para las leyes excepcionales que deroguen el derecho común, introduciendo nuevos sistemas para descubrir con mayor seguridad á los delincuentes y para asegurar también mejor la represión de los delitos.

Por el contrario, la ley que modifique las atribuciones de los Tribunales, la naturaleza de la instrucción y la competencia durante el estado de sitio, es una ley especial que no sus-

tituye una legislación á otra para conseguir ó alcanzar así con más seguridad el resultado de la represión de los delitos, sino que tiende á regular un estado general y excepcional del país sometido á tal medida, y está motivada por circunstancias supremas que hacen cesar el estado ordinario de cosas. Mientras duran las circunstancias excepcionales, las atribuciones de los Tribunales, la naturaleza de la instrucción, la competencia, los medios de defensa, lo son todo, y la penalidad no viene á ser ordinariamente más que una consecuencia del conjunto de cosas que es establecido en virtud de la ley especial, justificado siempre por la necesidad de proveer así á la tutela de los intereses sociales; pero que no puede, sin retroactividad, sustituirse la aplicación de tal ley, en cuanto á la forma, la instrucción y la competencia, á los delitos anteriores.

Conviene, pues, tener como regla en esta materia (salvo expresa disposición contraria del legislador) la no retroactividad de la legislación relativa al estado de sitio respecto de los delitos anteriores, aun respecto de la forma, de la instrucción y de los medios de defensa, fundándose esta regla en la consideración de que, en virtud de los principios generales no se puede en materia penal sujetar á las personas á una ley que no hubiere sido promulgada con anterioridad, y en que además modificándose las prescripciones relativas á las probabilidades de absolución de los acusados, resultarían violados los principios que conciernen á la no retroactividad de la ley penal y del mayor rigor en la penalidad que se estableciera en la ley nueva.

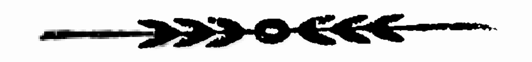
Ampliando el principio que hemos sostenido, diremos en resumen que, cuando una ley penal nueva confiera atribuciones excepcionales á los Tribunales para ciertos delitos determinados, para no violar la regla de la no retroactividad de la ley penal, conviene estimar aplicable la ley nueva á los delitos anteriores á su promulgación, excepto en lo relativo á los medios de defensa, á fin de conciliar de este modo las garan-

tías legales concedidas al procesado por la legislación anterior con las garantías sociales sancionadas por la ley nueva.

La sentencia de la Corte de Casación francesa de 24 de Octubre de 1817 ya citada da un gran apoyo á esta regla.

De todo lo expuesto deducimos como última conclusión que cuando no pueda admitirse á favor de los delincuentes ningún derecho creado por su parte que se funde en leyes penales ó en las de procedimiento criminal y deba atribuirse autoridad retroactiva á las nuevas leyes procesales, aun respecto de los delitos cometidos antes de su promulgación, debe, sin embargo, ser entendida ésta, para no violar las reglas de la retroaclividad, de manera que no se agraven las condiciones del acusado, disminuyendo los medios de defensa y aumentando así las probabilidades de ser condenado.

La autoridad de las leyes penales debe ser siempre y en todo caso ordenada, tendiendo al fin supremo de la tutela jurídica de los intereses sociales, y necesario es rechazar y eliminar en esta materia todo falso supuesto de que pueda la ley tender á un injusto castigo de delitos ya pasados, ó tener la apariencia de un instrumento de venganza.



SOBRE LA APLICACIÓN É INTERPRETACIÓN DE LAS LEYES

Ideas generales.

1. La aplicación de las leyes á los casos particulares incumbe á los magistrados.—2. Carácter propio de las funciones judiciales.—3. No es lícito á los jueces hacer indagaciones acerca de la bondad de las leyes ni acerca de su justicia.—4. La ley debe tener todos los requisitos exigidos por la Constitución.—5. Sobre la autoridad de los mandatos del Poder ejecutivo.—6. Principios con arreglo á los cuales debe decidirse cuándo un precepto del Poder ejecutivo tendrá fuerza de ley.—7. La autoridad judicial no puede juzgar acerca del contenido de la ley.—8. La sentencia no puede adquirir la fuerza de una disposición general.—9. Valor de la jurisprudencia.—10. A los jueces corresponde determinar la naturaleza de la disposición legislativa.—11. Importa distinguir las leyes de derecho público y de carácter público para determinar su fuerza obligatoria.—12. Al juez corresponde declarar nulas las convenciones privadas que tengan por objeto derogar las leyes de carácter público.—13. En qué forma debe el Juez adquirir idea exacta de la disposición legislativa mediante la interpretación.—14. Los legisladores incluyen entre las funciones judiciales la de interpretar las leyes.—15. En qué casos puede ser necesaria la interpretación.—16. Diferentes denominaciones de la misma.—17. Objeto de la interpretación.

1. La ley no es una norma abstracta, sino que más bien es una regla ó norma concreta de las acciones y de las omisiones, puesto que su fuerza y función, según el concepto de Modestino, es la de mandar, prohibir, permitir y castigar. Es decir, que la ley regula la libertad civil de las personas y es la fuente de que derivan todos los derechos que á las mismas corresponden, en el sentido de que estos derechos son reconocidos y garantidos por aquélla.

En efecto: todo derecho positivo y concreto, considerado como facultad de la persona, resulta de dos elementos, que son las circunstancias de hecho y la ley. Esta última emana de quien tiene el poder supremo de *preceptuar*, *prohibir*, *permitir*, *castigar;* aquéllas, ó son voluntariamente puestas por la persona misma, en cuanto hace un uso legítimo de la libertad civil que le corresponde, ó son una consecuencia de las relaciones de hecho en que se encuentra cada persona frente á otra persona individual, ó frente á la familia, ó frente al Estado, ó frente á cualquier otra entidad jurídica.

Toda norma legislativa, considerada en relación con las circunstancias de hecho, da lugar á una relación jurídica. Ahora bien: el hacerse cargo y el expresar cada relación jurídica determinada en una *regula juris*, es obra propia del legislador, y el reconocimiento de la relación entre las circunstancias de hecho y la *regula juris* es función propia del magistrado. Corresponde, por tanto, á éste el aplicar la ley tal y como se halla escrita, puesto que no tiene facultades para crear la regla que debe aplicar. Si sucediese esto último, se originaría la confusión de los poderes y se violaría el canon fundamental de la constitución de todo Estado bien organizado, á saber: la separación entre el Poder judicial y el Poder legislativo.

2. La función de la autoridad judicial es, primeramente, poner en claro los hechos sobre que versa el juicio, y después investigar las disposiciones legales aplicables á los mismos, y las consecuencias jurídicas que de ellos derivan; pero no puede consentirse á dicha autoridad que se preocupe de los efectos que pueden provenir de la aplicación exacta de la ley, ni modificar el contenido del precepto, teniendo en cuenta los inconvenientes que resulten de la recta aplicación del mismo. *Omnis judex*, decía el mismo Justiniano, *custodiat leges, et secundum eas proferiat sententias* (1).

(1) Nov. 73.

Mas, no por esto vaya á creerse que la función de la Autoridad judicial sea fácil y de poca importancia; pues el determinar el precepto legal, aplicable á los hechos comprobados en juicio, y el deducir de ellos las consecuencias jurídicas es una cosa realmente difícil é importante, supuesto que la ley no puede ni debe pretender regular toda clase de relaciones. La misión de la ley es, como decía Portalis, fijar, á grandes rasgos, las máximas generales de derecho, establecer principios fecundos en consecuencias, pero no penetrar en las cuestiones particulares que pueden ocurrir en cada materia. Al magistrado y al jurisconsulto, penetrados del espíritu general de las leyes, incumbe el cuidado de dirigir su aplicación (1).

3. Todos los escritores están de acuerdo en admitir que los jueces no pueden hacer indagación alguna tocante á la bondad de las leyes (2), ni tocante á su justicia; de donde algunos han deducido que, aun cuando una ley sea inconstitucional, la autoridad judicial no puede negarse á aplicarla. Pero, por lo que hace á este punto, es preciso que nos expliquemos más claramente.

La cuestión de la constitucionalidad ó inconstitucionalidad de las leyes pertenece en verdad al derecho público, y bajo un cierto respecto puede concederse que la autoridad judicial no puede examinar la constitucionalidad de una ley. Sin embargo, esto debe entenderse en el sentido de que dicha autoridad no tenga ningún poder ni facultad de fiscalización frente al Parlamento y que deba aplicar las leyes hechas por éste, siempre que tengan los requisitos y los caracteres que toda ley debe tener.

4. A pesar de esto, el magistrado que ha de aplicar la ley se halla obligado á investigar si ésta tiene los requisitos que exige la Constitución, y puede con razón negarse á aplicarla si le falten dichos requisitos.

---

(1) Portalis, *Discurso de introducción al Cód. civ.*

(2) *Quod quidem per quam durum est sed ita lex scripta est.* L. 12, § 1. *Dig.* 40, 9. *Qui et a quibus manumissi liberi non fiunt.*

Según la Constitución italiana, la ley positiva es aquella que emana del Poder legislativo, representado por el Rey, por el Senado, por la Cámara de los Diputados, y adquiere forma perfecta como tal ley cuando haya sido votada por ambas Cámaras con mayoría de votos, haya sido sancionada por el Rey, y promulgada y publicada con arreglo á las formalidades legales. Por su parte, los decretos y los reglamentos, lo mismo que las disposiciones de las autoridades administrativas, tienen la misma eficacia y la misma fuerza obligatoria que la ley, siempre que emanen de aquéllas que tengan competencia para hacerlo y se contengan dentro de los límites fijados á sus atribuciones por el Estatuto y las leyes orgánicas.

Ahora bien: la autoridad judicial no podría aplicar como precepto jurídico una de estas disposiciones cuando le faltase alguno de los requisitos exigidos para que se le pudiese atribuir la eficacia del precepto jurídico obligatorio según la Constitución del Estado que estuviese vigente en el momento en que aquél se formuló. Por consecuencia, antes de aplicar un decreto ó un reglamento promulgado después de la constitución del Reino de Italia, debe el magistrado investigar si dicho decreto ó reglamento se halla dentro de los límites de la competencia del Poder ejecutivo, determinada por el art. 6.º del Estatuto.

Igualmente, incumbe al magistrado indagar si los mandatos del Poder ejecutivo, que ejercita las funciones legislativas por delegación expresa del Parlamento, están, ó no, contenidos dentro del círculo de la competencia conferida por la delegación; debiendo, por lo tanto, considerar destituídos de toda autoridad legislativa aquéllos que tengan un carácter arbitrario, como sucedería en el caso de que el Poder ejecutivo ejercitara funciones legislativas sin delegación expresa, ó traspasase los límites de una autorización concreta y bien determinada (1). En semejantes hipótesis, la autoridad judicial, no

(1) Confr. Cas. de Roma, 1 Julio, *Jur.* de Turín, XV, 114. 12 Julio, 1878. *Anales*, XII, 1, 189.

sólo podría, sino que debería negarse á aplicar tales mandatos, por hallarse en oposición con la Constitución del Estado, la cual requiere, para atribuirles virtud y eficacia legislativa, ciertos caractéres que no reunen.

5. La aplicación de los mandatos del Poder ejecutivo y de las autoridades administrativas puede dar lugar á dudas, contra las que es conveniente prevenirse. La doctrina y la jurisprudencia se hallan de acuerdo en admitir que la autoridad judicial no puede aplicar los decretos, los reglamentos generales y locales y las disposiciones administrativas, sino en cuanto estén conformes con las leyes. La divergencia surge tan sólo al determinar cuál sea el principio apropiado para decidir en determinados casos si el precepto administrativo debe considerarse contrario á la ley.

Supongamos que el Poder legislativo haya encomendado al Poder ejecutivo el completar sus disposiciones por medio de decretos, y que el Poder ejecutivo, al desempeñar su comisión y legislar sobre aquellos asuntos para que se le ha facultado, se haya excedido de suerte tal que pueda advertirse cierta contradicción entre sus disposiciones y las normas establecidas por la ley misma. ¿Podrá en este caso negarse la autoridad judicial á aplicar el decreto, por considerarlo disconforme con la ley?

Esta cuestión es muy delicada y muy difícil. Una cosa es el Real decreto, con el cual el Gobierno haya atendido á la ejecución de una ley en conformidad con la cláusula, que suele encontrarse en todas las leyes y según la cual se dan atribuciones al Poder ejecutivo para proveer con decretos y reglamentos á la ejecución de las disposiciones de la misma, y otra cosa muy distinta es el Real decreto por virtud del cual el Gobierno haya ejercitado el poder excepcional que le confiere la ley misma, es decir, el poder de proveer á ciertos asuntos particulares, á los cuales debería haberse atendido por medio de una ley especial. En el primer caso, la disposición del Poder ejecutivo no podría salirse del círculo verdadero y propio de

las disposiciones reglamentarias, puesto que el Parlamento no le habría conferido ninguna facultad especial, sino que solamente lo habría excitado á ejercer la facultad que le compete por el Estatuto, que es la de hacer los decretos y reglamentos necesarios para la ejecución de la ley. Por cuya razón, el mandato no podría llevarse á la práctica si estaba en oposición con la ley.—En el segundo caso, se debería considerar que había un verdadero mandato legislativo que atribuiría al Poder ejecutivo la función excepcional de completar, mediante decreto, las disposiciones de la ley misma, legislando sobre ciertos asuntos particulares no comprendidos en ella, y sobre los cuales debería haber recaído una disposición del Poder legislativo. En este caso podría surgir duda acerca de si la autoridad judicial debería negarse á aplicar, por hallarse en oposición con la ley, un decreto en el cual el Gobierno, excediéndose de las facultades que se le hubiesen conferido, sancionase alguna disposición contraria en parte á las reglas establecidas por la ley.

6. Nosotros creemos que no puede aceptarse la opinión afirmativa sostenida por escritores de reputación (1). La disposición del Poder ejecutivo, en el caso de que aquí nos ocupamos, sería una verdadera disposición legislativa, y debería ser considerada como parte integrante de la ley misma en virtud de la delegación. No sería este el caso de la disposición arbitraria y del exceso de poder, tal y como nosotros reputamos ser una disposición del Poder ejecutivo que obra sin delegación, ó fuera de los límites de una delegación conferida con mandato *concreto* y *determinado;* sino que, por el contrario, sería el caso del exceso en el ejercicio del poder legalmente recibido, y, entonces, la inspección y censura adquiriría, según ya hemos notado, el carácter de inspección política, y debería corresponder exclusivamente al Parlamento. Por lo tanto, la autori-

---

(1) V. Saredo, *Tratado de las leyes*, § 276.—Pacifici-Mazzoni, *Inst. de Der. civ.*, n. 10.

dad judicial no podría avocar hacia sí la facultad de declarar inaplicable el decreto, como contrario á la ley. La autoridad judicial, en la hipótesis anterior, se encontraría en la misma posición en que se encuentra cuando debe aplicar las partes de una misma ley que presentan entre sí antinomias y oposiciones, cuya armonía debe procurar, sin examinar su contenido, sin negar su eficacia, hasta tanto que el Poder legislativo las derogue, haciendo desaparecer el antagonismo entre ellas.

7. Fuera de este derecho que la autoridad judicial tiene para examinar si el precepto tiene los requisitos que exige la ley, como se ha dicho, ninguna otra facultad puede serle atribuída: ni la de examinar y juzgar el contenido de la ley, ni la de examinar y juzgar el procedimiento adoptado para la formación de la ley. La observancia irregular de las formas en la confección de una ley no puede, ciertamente, hacerse valer para desconocer la eficacia jurídica de la misma ley. La autoridad judicial no puede, por consiguiente, negarse á aplicar esta ley para decidir las contiendas sometidas á su jurisdicción.

8. La función del juez debe además limitarse á sentenciar respecto del caso particular que haya dado origen á la contienda, y sin proponerse sentenciar de manera que pretenda atribuir á su propia decisión la fuerza de una regla jurídica general aplicable á todos los casos análogos que pudieran presentarse.

El Código civil francés sanciona este principio en el artículo 5.°, el cual prohibe á los jueces resolver, á modo de disposición general, sobre los asuntos que se someten á su decicisión. También sanciona dicha máxima el Código austriaco en su art. 12, que dice lo siguiente: «Las sentencias que pronuncien los Tribunales en causas especiales no tienen nunca fuerza de ley, ni pueden hacerse extensivas á otros casos ó á otras personas». Por lo demás, como esta máxima se deriva de los principios generales sobre los cuales se funda la división de los poderes, debe tener valor en todo caso para determinar el

alcance de las sentencias de los Tribunales, aun cuando no se halle expresamente sancionada por el legislador, como la sancionan los Códigos francés y austriaco.

Conviene, pues, quedar sentada la máxima de que las sentencias de los Tribunales, una vez que han adquirido la autoridad de cosa juzgada, tienen completa eficacia jurídica, pero sólo tocante al caso que han resuelto.

9. Consideramos necesario advertir también que, si las sentencias no tienen la autoridad de preceptos ó normas obligatorias, deben, sin embargo, estimarse y valer como la fuente principal del saber jurídico, puesto que, como con razón dijo Portalis, la jurisprudencia es el complemento de la legislación, y sobre todo cuando tenga el carácter de uniformidad debe dársele un grandísimo valor, porque, como hizo notar oportunamente Bacón, si las leyes son el áncora del Estado, las decisiones de los Magistrados son el áncora de las leyes (1). Pero las decisiones que mayor valor deben tener son aquellas en las cuales la ley haya sido interpretada en el mismo sentido y aplicada de un modo uniforme.

10. Corresponde, además, al magistrado determinar el carácter y la naturaleza de la disposición legislativa que debe aplicar. En efecto, el alcance y la extensión de todo precepto depende del carácter y de la naturaleza del mismo; por cuya razón es distinta la autoridad de las leyes imperativas, las de las prohibitivas y la de las declarativas.

Bajo este respecto, importa sobremanera determinar bien si una ley pertenece á la categoría de aquéllas que constituyen el derecho público del Estado, ó á la de aquellas otras que constituyen el derecho privado, y si se propone tutelar el orden público y los intereses sociales, ó solamente los intereses de

---

(1) He aquí el importante aforismo de Bacon: *Ante omnia, judicia reddita in Curiis Supremis et principalibus, atque causis gravioribus præsertim dubiis, quæque aliquid habent difficultatis, aut novitatis, diligenter et cum fide excipiuntur. Judicia enim anchora legum sunt, ut leges reipublicæ* (*Aph.* LXXIII).

los particulares. Semejante determinación es de la mayor importancia, por cuanto, si en principio se admite sin contradicción el que con disposiciones privadas y convenciones no se pueden derogar las leyes que hacen referencia al bien público y á los intereses sociales, es así bien cierto que no se encuentran normas concretas que se propongan determinar en cada legislación cuáles sean las disposiciones legislativas que por su propia naturaleza hagan referencia al bien público y se propongan proteger los intereses sociales; por cuya causa, la facultad para hacer esta determinación se halla encomendada á la magistratura. A la cual corresponde penetrar en el espíritu de la legislación del país de que se trate y examinar cuidadosamente el contenido de cada disposición legislativa, el motivo de la misma y el fin que se propone, al intento de resolver si debe figurar en ésta ó en aquella categoría. Esta es una de las cuestiones más difíciles é importantes de la ciencia del derecho positivo, y el campo más vasto en que se manifiesta el ingenio y el poder indagador del jurisconsulto.

11. Menos dificultades presenta la distinción entre derecho público y derecho privado, puesto que semejante distinción surge naturalmente del diverso fin que uno y otro se proponen: el primero es el conjunto de las leyes *quæ ad statum reipublicæ spectant*, y el segundo, el conjunto de las leyes *quæ ad singulorum utilitatem pertinent*. De aquí, que se deban considerar como pertenecientes al derecho público todas las leyes que tienden á establecer los principios de organización política del Estado, la división y distribución de los Poderes públicos, y las que proveen á la seguridad y á la policía. La dificultad está en saber cuáles son las leyes que deben ser consideradas como tutelares del bien público y de los intereses sociales, puesto que á veces ocurre que el legislador, al regular las relaciones correspondientes al orden privado, se propone tutelar y proteger los intereses generales y proveer á la conservación de las instituciones sociales, del orden público y de las buenas costumbres, como ocurre, por ejemplo, con las leyes que regulan las

relaciones jurídicas de los individuos en interés de terceras personas. Con respecto á estas leyes, no es siempre fácil eliminar la duda acerca de si deben ser consideradas como leyes correspondientes al orden privado ó al público, y si debe estimarse que el fin directo y principal de la disposición es el de atender á la tutela de los intereses privados de las personas, ó también á la tutela de los intereses generales de los asociados.

Repetimos que aquí es donde debe revelarse el talento indagador del magistrado, el cual, al propio tiempo que debe considerar como máxima indiscutible la de que los particulares no pueden, con sus convenciones privadas, derogar las leyes de carácter público y de interés social, debe también hacer uso del más perspicaz y discreto criterio jurídico para comprender la índole de la ley y para resolver si ésta ha de incluirse ó no entre las de carácter público, con el fin de poder deducir de la índole propia de la ley si las partes tenían ó no tenían facultades para derogar las disposiciones de aquélla, y resolver, en consecuencia, acerca de la validez ó nulidad intrínseca de los pactos celebrados por dichas partes.

12. En efecto, dando por supuesto que los particulares no pueden derogar sino aquellas disposiciones que tienen por objeto su interés privado, y que deben considerarse como introducidas en su favor y provecho; y dando por supuesto asimismo no ser lícito á ninguna persona derogar aquellas disposiciones que tienden á tutelar el bien público y á garantir los intereses de terceros, resulta que el acto con el cual una persona haya violado un precepto de interés público se debe considerar como nulo, sin más razón que porque se ha hecho contraviniendo al mandato y á la prohibición de la ley, la cual no podía ser derogada por un particular. Como esta nulidad depende del carácter intrínseco de la ley, constituye lo que se llama nulidad virtual, por cuanto no deriva del texto de la ley, como sucedería con cualquier ley nula declarada tal expresamente por el legislador, sino que deriva más bien del espíritu de la misma ley.

El juez llamado á aplicar una ley y á regular conforme á las disposiciones de la misma los derechos de las partes debe declarar nulo el acto de éstas siempre que implique violación de un precepto de carácter público, y aun cuando no haya sido declarada la nulidad por el legislador de un modo expreso. La nulidad de semejante acto deriva, en efecto, de la naturaleza intrínseca de la disposición que haya sido violada mediante aquél.

La misión del juez que debe declarar la nulidad del acto es muy distinta, según que se trate de nulidad virtual ó de nulidad textual. Respecto de esta última, la función del juez está limitada á examinar si el precepto ha sido ó no infringido efectivamente, en tanto que cuando se trata de nulidad virtual corresponde al Juez, primero, examinar en el terreno del hecho si el precepto ha sido violado ó no, y después, decidir en el campo del derecho si la violación referida puede implicar la nulidad del acto, por ser el precepto infringido uno de aquéllos que no pueden ser derogados, por tener como fin la tutela del bien público.

13. Ahora debemos examinar de qué manera debe el juez adquirir una idea exacta de la disposición legislativa que ha de aplicar para decidir el caso especial objeto de la controversia.

Es evidente que para decidir conforme á la ley, conviene conocer exactamente y sin duda de ningún género la regla legislativa aplicable á la relación de que se trata. Ahora bien: á causa de la necesaria imperfección de todas las cosas humanas, puede muy bien acontecer que resulte difícil el adquirir idea exacta de la *regula juris*. Lo cual puede ser hijo de que en la disposición legislativa exista alguna imperfección procedente de defectos de expresión y forma, ó de que, tocante al contenido de la misma, no se pueda decir con seguridad si el caso que se controvierte debe hallarse comprendido ó excluido de la disposición misma. En semejante hipótesis, para bien aplicar la ley, corresponde al juez fijar y poner en evidencia

el concepto preciso del legislador, adquiriendo idea clara, segura y completa de la disposición legislativa, mediante la interpretación de la misma.

El juez no podría en verdad negarse á resolver sobre el punto objeto de la controversia so pretexto de la oscuridad de la ley, ó de la insuficiencia de la misma, por no haber previsto el legislador las circunstancias particulares del caso especial que se discute; pues esto equivaldría á una denegación de justicia. Es, por consiguiente, necesario que recurra á la interpretación para fijar y precisar la *regula juris* de que debe servirse para dar su sentencia (1).

14. De donde resulta que la interpretación de las leyes ha sido de uso constante y considerada como una de las funciones del poder judicial. Los legisladores mismos la han reconocido como indispensable, lejos de proscribirla, y se han limitado la mayor parte de las veces á dar ciertas reglas respecto de la misma, á fin de que no se extralimitase de los propios confines en que debe hallarse contenida.

Así encontramos que en el mismo Digesto se establecieron reglas relativas á la interpretación en los títulos *De verborum significatione* y *De regulis juris*, los cuales contienen preceptos muy importantes á este propósito.

---

(1) V. acerca de la interpretación de las leyes: Eckard, *Hermeneut. juris*; Förster, *De interpretatione juris*; Thibaut, *Theorie de l'interpretation des lois*; Zachariæ, *Ensayo de una hermenéutica general del derecho* y *Curso de derecho civil*. § 38. Savigny nos ha dejado, en su *Sistema del Derecho romano*, una teoría verdaderamente importante acerca de la interpretación de las leyes. También Pascual Borrelli escribió una notable monografía, publicada en Nápoles en 1848 con el título *Sobre la interpretación del Derecho civil romano y moderno*. —V. También Mailler de Chassat, *De l'interpretation des lois*; Saredo, *Tratado de las leyes*; Laurent, *Droit civil*, tom. 1.°; Delisle, *Principes de l'interpretation des lois*; Borsari, *Comentario del Código civil*, vol. 1.°, § 36 y sigs.; Bianchi, *Curso de Derecho civil*, vol. 1.°, Nociones preliminares, cap. 5.°; Lomonaco, *Derecho civil*, vol. 1.°; Jannuzzi, *Nociones elementales acerca de la interpretación de las leyes*; Lozzi, *Sobre la interpretación de las leyes*; *Jurisprudencia italiana*, 1881, pág. 30; Cæpolla, *Tractatus de interpretat. jur. extens.*

En el proyecto del Código francés se incluyó un libro preliminar consagrado á establecer los principios relativos á la interpretación y aplicacion de las leyes, pero las reglas que á esta materia hacían referencia no fueron sancionadas en dicho Código, en el cual se encuentra tan sólo una disposición que implica la facultad de interpretar las leyes que incumbe al juez.

El art. 4.° del referido Código dispone, en efecto, que el juez que se niegue á administrar justicia bajo pretexto de silencio, oscuridad ó insuficiencia de la ley, podrá ser procesado como culpable del delito de denegación de justicia.

El Código austriaco dispone respecto de este particular que al aplicar la ley no es lícito atribuirle ningún otro sentido que aquél que resulta del propio significado de las palabras, según la conexión de las mismas, y de la intención manifiesta del legislador. En aquellos casos en que no sea posible dictar una resolución al tenor del texto de la ley, ni en conformidad con el sentido natural de la misma, se tendrán en cuenta los casos semejantes que la propia ley decida ó los motivos de otras leyes análogas. Si, después de esto, queda todavía duda acerca del hecho, deberá ser resuelta con arreglo á los principios del derecho natural, habida consideración de todas las circunstancia, recogidas con diligencia y justamente ponderadas (artículos 6.° y 7.°).

El Código Albertino, en sus artículos 14 y 15, formula de esta manera las reglas relativas á la interpretación: «En la aplicación de la ley no es lícito atribuir á ésta ningún otro sentido que aquel que resulta del significado propio de las palabras, según la conexión de las mismas, y de la intención del legislador. Cuando una contienda no pueda ser resuelta ni según el texto, ni según el sentido natural de la ley, se tendrán en cuenta los casos semejantes resueltos precisamente por la ley y los fundamentos de otras leyes análogas. Si, no obstante esto, el caso continuara siendo dudoso, deberá decidirse y resolverse de conformidad con los principios generales del dere-

cho, habida consideración de todas las circunstancias que á dicho caso rodearan.»

En el Código civil italiano no se encuentra sancionada la regla del art. 4.° del Código civil francés. En el proyecto se contenía una proposición para imponer al juez la obligación de no negar su sentencia á pretexto del silencio, de la oscuridad ó de la deficiencia de la ley; pero á este propósito se hizo notar que semejante obligación se halla implícitamente contenida en la función general del juez y sancionada por el Código penal, y que en cuanto á la responsabilidad civil del juez que se negase á sentenciar en cualquier asunto jurídico en litigio, provee el art. 783 del Código de Enjuiciamiento civil, que dispone que las autoridades judiciales y los representantes del Ministerio público son civilmente responsables cuando se nieguen á dictar resolución sobre las demandas y peticiones de las partes, ó cuando se abstengan de juzgar y terminar los negocios que se encuentren en estado de ser resueltos.

En el Código italiano vigente no se encuentra, pues, más disposición que la del art. 3.° de las disposiciones generales, el cual dice que al hacer la aplicación de la ley, no puede atribuirse á ésta más sentido que el que resulte claro de las palabras, según el enlace de las mismas, y de la intención del legislador; y que cuando un pleito no pueda resolverse con una disposición precisa y categórica de la ley, es necesario referirse á las disposiciones que regulan casos semejantes ó materias análogas; y si, á pesar de esto, el caso se halla todavía dudoso, debe resolverse de conformidad con los principios generales del derecho.

En el Código civil español de 1889, la obligación del juez de no negarse á pronunciar sentencia so pretexto de silencio, oscuridad ó insuficiencia de la ley, se halla establecida en el art. 6.°, y en cuanto concierne á la responsabilidad del juez en los artículos 368 del Código penal y 361 de la ley de Enjuiciamiento civil. Tocante á la interpretación de la ley, dispone aquel legislador que cuando el Tribunal no tenga una ley

exactamente aplicable al punto que se contiende, deberá aplicar la costumbre del lugar, y, á falta de ésta, los principios generales del derecho.

De todo lo dicho resulta que, según las legislaciones de todos los países, corresponde al juez la obligación de aplicar las leyes para resolver las contiendas entre partes, y que debe interpretar dichas leyes cuando sean oscuras, debiendo en último caso, cuando falte por completo la disposición jurídica, atenerse á las reglas establecidas por el legislador para determinar el precepto jurídico aplicable al caso dudoso.

15. La interpretación de la ley se encamina generalmente á fijar la regla de una relación jurídica determinada mediante la percepción clara y exacta de la norma establecida por el legislador. La interpretación es necesaria en todos los casos en que se deba aplicar la ley, y puede considerarse indispensable en los siguientes casos:

1.º Cuando la regla no aparezca clara y terminante, ora porque el legislador haya empleado palabras que tengan un significado vago é indeterminado, ora por haber empleado una forma de construcción que dé margen á dudas.

2.º Cuando, teniendo las palabras empleadas una significación clara y determinada, no expresen, sin embargo, con exactitud, el pensamiento del legislador, y pueda, por consiguiente, haber duda en cuanto al contenido ideológico de la disposición legislativa, *mens legis*.

3.º Cuando la ley sea insuficiente sin género alguno de duda, no ya por causa de la oscuridad proveniente de la forma, ó por la falta de seguridad en el contenido, sino por ser incompleta y por haber previsto los casos ordinarios, pero no aquel especial de que se trata, de manera que, atendido el silencio del legislador, pueda parecer que falta la *regula juris*.

16. La interpretación toma diferentes nombres y se sirve de distintos medios según que se proponga uno ú otro de los fines indicados. En conformidad con éstos, reviste tres formas. La primera es aquella que se dice ordinariamente interpreta-

ción *gramatical*. La segunda se denomina comunmente interpretación lógica, pero nosotros la llamaremos más bien *ideológica*, por la razón de que viene á establecer la *mens legis*, ó sea el pensamiento y el concepto jurídico de la ley. La tercera constituye la interpretación analógica, que podría llamarse con más exactitud, á nuestro juicio, interpretación *lógica*, puesto que tiende en verdad á elaborar la regla positiva de derecho, deduciendo como consecuencia lógica que la regla fijada por el legislador para el caso previsto por él es también aplicable al caso imprevisto.

Nosotros trataremos separadamente de cada una de las tres formas de interpretación, y de los medios más adecuados á los fines que cada una de ellas se propone conseguir.

La interpretación, cuando se refiere especialmente al caso considerado y regulado por el legislador, se distingue en restrictiva y extensiva. La primera tiende á restringir el campo y el círculo del precepto legislativo en consideración al obstáculo que se encuentra en otra ley, ó en los principios de la equidad natural, ó en las conveniencias sociales; la segunda propende á ensanchar el campo y el círculo del mismo precepto legislativo, á fin de cumplir más completamente los fines del legislador y aumentar la utilidad pública (1).

En consideración á las personas que pueden hacer la interpretación, se distingue ésta en pública y privada. La primera emana de quien tiene el poder público de hacer las leyes *(interpretación legislativa)*, ó de quien, según el Estatuto y el Derecho público interno, tiene el poder de aplicarlas para re-

---

(1) Borrelli advierte oportunamente que «la comprensión y la extensión de la ley son cosas muy distintas, y que es muy extraño que la mayor parte de los intérpretes, en vez de distinguirlas, las hayan burdamente confundido. La comprensión de la ley es el conjunto de casos contenidos en su disposición. La extensión, por el contrario, es el conjunto de los casos que están fuera de la ley y á que ésta puede aplicarse.» *Sobre la interpretación en el Derecho civil romano y moderno*, pág. 137.

solver un derecho controvertido y de interpretarlas, de manera que pueda legalmente obligarse á aquéllos respecto de los cuales la interpretación sea necesaria *(interpretación judicial)*. La segunda es aquella que hacen los jurisconsultos y que se denomina interpretación doctrinal.

La interpretación que hace el legislador constituye la interpretación *auténtica*, la cual tiene carácter obligatorio para todos, de la misma manera que la ley; puesto que debe ser efectivamente considerada como propia y verdadera declaración de la *vis ac potestas legis*. Es evidente que la facultad de determinar el concepto jurídico de una disposición legislativa no puede atribuirse á nadie mejor que al legislador que hizo y formuló la ley. Por cuya razón, la ley interpretada por éste debe tener la misma fuerza que si desde un principio hubiese sido promulgada en la forma en que ha sido interpretada (1) por el legislador. De aquí que se admita como regla de derecho transitorio la de que la interpretación de una ley anterior, reconocida como necesaria y hecha en forma debida por el legislador, se aplica á todos los casos todavía no resueltos que caen bajo la disposición de la ley interpretada.

La interpretación judicial no tiene la virtud de obligar como la legislativa, supuesto que las sentencias que pronuncian los tribunales no tienen fuerza de ley, ni se pueden hacer extensivas á otros casos ni á otras personas. Sin embargo, debe atribuirse un valor especial á aquellas decisiones en virtud de las cuales haya sido interpretada constantemente una ley en sentido uniforme, aunque sin olvidar que existe una diferencia sustancial entre la autoridad de la jurisprudencia y la de la ley.

La interpretación doctrinal no tiene por sí misma otra autoridad que la de la razón. El valor del derecho científico es,

---

(1) *Ea quæ per interpretationem adjiciuntur, in illis obtinere debere, in quibus legibus interpretatis locus est.* Nov. 19 (præf., al final).

sin duda, muy grande; pero el jurisconsulto puede siempre someter los principios del derecho científico á un examen crítico y racional, y modificar las teorías aceptadas comunmente como verdaderas.

17. Cualquiera que sea el motivo por el cual se hace necesaria la interpretación, ésta va encaminada siempre á determinar de una manera exacta lo que el legislador ha entendido y querido, esto es, el concepto jurídico de la disposición legislativa. Este concepto resulta de cada uno de los tres elementos que contiene toda disposición de ley, que son: 1.°, el hecho ó el caso que se ventila; 2.°, la relación jurídica que el legislador ha querido regular; 3.°, la *regula juris* formulada por éste.

De todo lo dicho, resulta que la interpretación sólo puede tener lugar cuando exista ambigüedad, ó duda, ó equívoco respecto de uno ó de otro de los elementos de la disposición legislativa; y, por consiguiente, cuando éstos estén determinados de una manera tal que no puedan confundirse con ningún otro, no puede darse el caso de tener que recurrir á la interpretación. Puede muy bien ocurrir, y ocurre efectivamente con frecuencia, que haya necesidad de explicar y aclarar la disposición legislativa; pero esto no es en realidad una interpretación, la cual supone siempre la ambigüedad ó la duda respecto á alguno de los elementos que constituyen el concepto jurídico de la ley.

Por consiguiente, la regla comunmente admitida, á saber, que la ley que esté clara no necesita ser interpretada, no debe aplicarse tan sólo á la ley que desde luego y en todas sus partes sea perfectamente inteligible, sino que es preciso hacerla extensiva á toda otra ley, cuyo concepto esté de tal manera circunscrito y determinado que se pueda distinguir de cualquier otro. Por lo cual, si aclarando la disposición llega ésta á tener un sentido circunscrito y determinado, no debe haber lugar á la interpretación, á fin de no ampliar tanto las funciones del Juez que llegue á conferírsele la potestad legislativa.

Unicamente cuando la oscuridad procede de la ambigüedad, ó de que las palabras empleadas por el legislador tengan ó puedan tener varios sentidos, ó de que la relación jurídica regulada sea dudosa, es cuando nace la facultad que incumbe al magistrado de interpretar la ley. Lo cual debe tenerse presente para fijar los límites de la interpretación y no extenderla más allá de sus propios y justos confines.

CAPÍTULO PRIMERO

De la interpretación gramatical.

---

18. Carácter de la interpretación gramatical.—19. Su importancia en el Derecho romano y en el derecho moderno.—20. El Juez debe atenerse al sentido literal, siempre que no sea ambiguo.—21. No debe indagarse la intención del legislador cuando las palabras pueden tener un significado determinado.—22. Cómo la ambigüedad y la duda pueden provenir de las palabras que se emplean.—23. Únicamente en el caso de que las palabras empleadas originen la ambigüedad y el equívoco, deben confrontarse con la intención del legislador.—24. Máximas adoptadas por la jurisprudencia.

18. La interpretación gramatical puede ser útil en el caso en que las palabras ó expresiones empleadas por el legislador puedan tener un sentido ambiguo ó indeterminado, bien porque el significado de las mismas puede ser vario, bien porque de la construcción de que se hace uso no pueda deducirse inmediatamente un concepto preciso y definido.

Sin duda que las reglas generales de la Gramatica pueden servir en ciertos casos para deshacer la ambigüedad y para disipar la oscuridad del texto de la ley; mas no se crea que semejante medio de interpretación puede tener, en las circunstancias de que aquí tratamos, el mismo valor que tiene para interpretar los textos del Derecho romano.

19. Los jurisconsultos que han discutido acerca de la interpretación de los textos romanos, han considerado como uno de los medios y recursos más importantes para aclarar el sentido

de una ley oscura, el atenerse á las reglas de la Gramática. Bueno será advertir que la Gramática, tal y como la entendían los jurisconsultos romanos, comprendía lo que nosotros llamamos hoy filología y literatura, y que si tuvo tanta importancia para explicar y aclarar las leyes romanas, fué porque las dificultades hijas de la forma podían ser salvadas oportunamente, examinando, á tenor de las reglas de la filología, el significado de las palabras, habida consideración del tiempo en que había sido escrito el texto, del género de la escritura, de los caracteres, de los signos, de las abreviaturas, de la puntuación, de las alteraciones provenientes de la impericia de los copistas, etc. Los fragmentos de que se compone el Digesto no son del mismo tiempo, y contienen expresiones y locuciones diferentes unas de otras, las cuales llevan consigo, más ó menos, el sello de las diferentes fases de la lengua latina desde la fundación de Roma hasta la época en que fué promulgado el *Corpus juris* (1).

Esto no sucede respecto al derecho moderno, el cual no contiene, en verdad, los fragmentos de una legislación correspondiente á varios siglos. Por consecuencia, la interpretación gramatical, propiamente dicha, no puede tener para nosotros la misma importancia que tuvo entre los romanos.

Por lo que hace á aquellas partes de las leyes preexistentes que no han sido abrogadas, se puede tener presente la regla, según la cual, para poner en claro el significado verdadero de la ley, en el caso de que las palabras sean ambiguas, hay que referirse á aquel significado que éstas tenían en el tiempo y en la región en que la ley fué promulgada.

20. La cuestión más grave respecto á la facultad correspon-

---

(1) Los jurisconsultos que fundaron las más célebres escuelas de comentaristas del Derecho romano, Antistio Labeon y Atenio Capiton, estudiaron muy extensamente los orígenes de las palabras latinas, y dejaron escritos importantes libros sobre filología. Consúltese Suetonio, *De illustr. grammat.*, cap. 10, y Gellius, *Noct, att.*, libro 13, cap. 10.

diente al Juez de interpretar el significado literal del texto de la ley, consiste en fijar los límites dentro de los cuales debe ejercitarse esta facultad. Cuando el legislador expresa el precepto legislativo sin equívocos, corresponde al Juez aplicarlo tal y como es, sin que le sea lícito abstenerse de hacer esta aplicación, so pretexto de que la ley sea rigurosa, según lo enseñó ya Ulpiano: *Quod quidem per quam durum est; sed ita lex scripta est* (1). Es una máxima que conviene tener en cuenta la de que al aplicar la ley no se le puede atribuir ningún otro sentido más que el que resulte claro del propio significado de las palabras, según el enlace de las mismas, y de la intención del legislador.

Esta máxima significa que cuando el texto de la ley pueda ser explicado y aclarado atribuyendo á los vocablos su significación *propia*, esto es, la que se halla generalmente admitida, y que todo el mundo entiende, no puede ser lícito al Juez reformar ó transformar la disposición legislativa, á pretexto de indagar la voluntad del legislador.

21. El pensamiento del legislador resulta del texto de la ley. Ahora bien; en el supuesto de que las palabras empleadas acusen un sentido determinado, de suerte que el concepto expresado en el texto no pueda ser entendido en dos maneras diferentes, el Juez, por graves que sean las consideraciones que le obliguen á alterar el sentido literal de la ley, no está autorizado para hacerlo, so pretexto de interpretarla, porque esto sería tanto como traspasar los límites de su competencia. Si es permitido á los Magistrados indicar al legislador los defectos y las imperfecciones de las leyes, al intento de acelerar las reformas legislativas, no lo es asimismo confundir la función de interpretar con la de reformar y transformar las leyes vigentes.

Podría observarse, en contrario, que para determinar aquello que uno ha querido decir, es necesario referirse en todo caso á la intención, más bien que á la expresión literal, y que esta es la regla que se ha considerado como constante aun

(1) L. 12, § 1.°, *Dig. qui et a quibus man.* (40, 9).

para interpretar los contratos, respecto á los cuales todos los tratadistas han estado siempre conformes, y los mismos legisladores lo han establecido y sancionado, que los Magistrados, al interpretar las cláusulas oscuras de los contratos, deben más bien indagar cuál haya sido la común intención de las partes contratantes, en lugar de atenerse al sentido literal de las palabras. Teniendo presente esta regla, podría inducirse que el Magistrado, aun en la interpretación de una disposición legislativa rigurosa, puede mitigar sus rigores refiriéndose á la intención y á la voluntad del legislador, más bien que al sentido literal de las palabras.

Sin embargo, debemos advertir que no puede considerarse como una máxima indiscutible la de que las reglas aplicables á la interpretación de los contratos sean las mismas que deben regir la interpretación de las leyes. En el Derecho romano se encuentra, en verdad, asimilada la ley á las convenciones y á los testamentos bajo el respecto de las leyes de interpretación (1); pero conviene también notar que, tocante á las mismas convenciones y á los testamentos, la voluntad y la intención del autor pueden ejercer cierto influjo para aclarar la expresión literal, oscura y dudosa, pero no lo pueden ejercer igualmente cuando se trate de atribuir á la letra de la disposición un sentido diferente de aquel que efectivamente tiene y que puede tener.

No es, por consiguiente, admisible que se pueda corregir la expresión clara de la ley refiriéndose á la intención y voluntad del legislador, porque esto valdría tanto como conceder al intérprete la facultad de crear y formar un derecho diferente de aquel que se encuentra sancionado y escrito. La intención del legislador puede y debe tener una gran importancia, pero sólo considerada como complemento de la ley escrita, y recurriendo á ella cuando sea ambiguo y dudoso el concepto jurídico.

---

(1) Consúltese *Nov.* 22, cap. 2.°, *princ. Dig.* libro 16, tít, 6.°

22. La ambigüedad y la duda pueden nacer de la letra de la ley de varios modos. En efecto; puede ocurrir que una misma palabra tenga significados distintos: así, por ejemplo, la ley italiana de 7 de Julio de 1886, declaró suprimidos los conventos y comunidades que exigiesen vida común. Esta expresión *vida común* tiene en el lenguaje vulgar el significado de convivencia uniforme de varias personas bajo el mismo techo. Ahora bien; cuando se trató de aplicar la ley mencionada, se acudió con razón á la intención del legislador para determinar el valor de la expresión ambigua. Del concepto jurídico de la ley aparecía claro que el legislador italiano no había podido emplear la frase *vida común* sino en el significado atribuído á la misma por el derecho canónico, el cual consideraba como personas sujetas á la *vida común* aquellas que se encontraban en la condición del *filius familiæ* y que no podían adquirir en nombre y en interés propio, esto es, aquellas que vivían á expensas de la entidad moral á la cual pertenecían, y que adquirían la propiedad en provecho exclusivo de la misma.

Así también, para determinar el valor de la palabra *ausente*, puede ser muy oportuno eliminar el concepto ambiguo, ateniéndose á la intención del legislador, el cual puede alguna vez pretender regular la condición del *ausente*, entendido en su acepción técnica, y otras puede pretender regular la condición de quien no está presente.

No creemos necesario aducir más ejemplos para comprobar la regla sentada; esto es, que no es lícito recurrir á hacer la investigación de la intención del legislador para atribuir al texto de la regla por el mismo establecida un sentido diferente del que puede tener (*dura lex sed lex*); pero que se puede recurrir á ella cuando, por consecuencia de la oscuridad ó poca exactitud de la expresión, sea ambiguo y dudoso el concepto jurídico.

23. En todos los casos en que, estudiando el texto de la ley y meditando sobre el mismo, pueda llegarse á fijar un determinado concepto, sería arbitrario y peligroso reconocer en

el Juez la facultad de atribuir á las palabras un sentido distinto, fundándose sobre la voluntad del legislador, interpretada por aquél á su manera. Lo que ante todo corresponde al Juez es estudiar cuidadosamente el texto de la ley. Cuando ésta sea oscura para él, porque no conozca exactamente el sentido de las palabras ó de sus enlaces, debe servirse de los Diccionarios y averiguar en ellos el significado de las palabras que pertenecen á las ciencias, á las artes y á las industrias. Pero todo este trabajo no se encamina á interpretar, sino á aclarar el texto de la ley, es decir, á hacer inteligible lo que á primera vista no lo era. Ahora bien; cuando mediante el estudio del significado jurídico de las palabras se llega á fijar un concepto único y determinado, el Juez no puede por menos de atenerse á él, puesto que la ley aclarada equivale á la ley clara de por sí, y, según el concepto de Justiniano, *meminisse debet judex, ne aliter judicet, quam legibus proditum est* (1). Cuando el sentido ya aclarado de las voces y de las frases examinadas sea múltiple, entonces es necesario atenerse á la intención del legislador para eliminar la ambigüedad y fijar el concepto jurídico.

Hemos insistido en la determinación de los límites de la interpretación, porque ocurre con frecuencia que los Magistrados, con el pretexto de querer respetar la voluntad del legislador y deducirla del espíritu de la ley, concluyen por infringir la ley misma alterando su letra. La voluntad del legislador resulta del texto, y cuando se puede llegar á eliminar toda especie de duda, no es admisible otra cosa sino que lo que ha dispuesto es la expresión de su pensamiento. El preocuparse de los inconvenientes que de aquí pueden resultar; el laudable propósito de corregir los defectos de la ley y de mitigar sus rigores, no son bastantes á justificar el arbitrio en interpretarla, so pretexto de penetrar en su espíritu.

---

(1) *Inst. princ. de officio judicis* (4, 17).

24. En todos los casos es preciso tener presente las siguientes máximas:

Solamente cuando la ley tenga un sentido dudoso ú oscuro es cuando se puede permitir al Juez que la interprete (1).

Cuando la letra de la ley sea clara, no es lícito recurrir á las palabras pronunciadas por tal ó cual orador en los debates parlamentarios ó á cualesquiera otras pronunciadas por algún funcionario público (2). Ni las palabras pronunciadas por un Ministro, ni las enmiendas propuestas, pero no aceptadas, en las discusiones parlamentarias, pueden servir de argumento para limitar la generalidad de la disposición legislativa resultante de las expresiones con que se halla formulada (3).

Cuando no sea ambiguo el significado de las palabras de una ley, tanto en lo que hace á la generalidad de la regla, como en la indicación de las excepciones, no es permitido al Magistrado, mero ejecutor de la ley misma, distinguir en ella ni indagar de otra manera cualquiera la voluntad y la intención del legislador (4).

Cuando del contexto de la ley no se deduzca un concepto jurídico determinado, siendo, por lo tanto, la disposición inútil ó incoherente, es preciso atender, más que á las palabras, á la intención del legislador, y tener presente la máxima: *Interpretatio in dubio capienda semper ut actus et dispositio potius valeat quam pereat* (5). Por consecuencia, cuando al deducir el concepto de la disposición legislativa de las palabras empleadas por el legislador, resultase que habría necesidad de faltar á la razón, á la justicia y á todo aquello que el legisla-

---

(1) Casación de Roma, 13 de Diciembre, 1878 *(fondo culto)*; *Jurisprudencia italiana*, 31, 1, 1.°, 59.

(2) Casación de Turín, 24 de Febrero, 1869, M. P. y Tamari, *Anales de Jurisprudencia*, III, 1, 9; Casación de Florencia, 17 de Febrero, 1867; Demanio Ambrogi, *Ibid.*, III, 2, 3.

(3) Casación de Turín, 2 de Mayo, 1866; Berardi, Solero, *Anales* I, 1, 52.

(4) Casación de Roma, 26 de Mayo de 1877; Giani y otros, ley 17, 2, 374.

(5) Ley 12, *Dig.*, *De rebus dubiis*.

dor mismo hubiese considerado constantemente como justo y equitativo, sería preciso suponer que éste había empleado un lenguaje inexacto, más bien que creer que había promulgado una ley contraria á las demás promulgadas por el mismo y y que todavía se hallan vigentes.

Para nosotros, pues, la interpretación gramatical debe subordinarse, en todos los casos de que hemos tratado, á la interpretación ideológica, la cual es, sin duda alguna, la más importante, puesto que tiende á determinar el pensamiento del legislador en todas las ocasiones en que no esté claro ni exacto, por efecto de la necesidad que existe de coordinar y conciliar la expresión formal con el contenido de las demás leyes vigentes. En tal caso habrá que tener en cuenta las reglas que vamos á exponer en el capítulo siguiente.

CAPÍTULO II

De la interpretación ideológica.

---

25. Razones por las cuales denominamos *ideológica* la interpretación llamada comunmente *lógica*.

25. Los juristas dividen ordinariamente la interpretación en gramatical y lógica, llamando de esta última manera á aquella que nosotros hemos creído más oportuno denominar *ideológica*. La denominación frecuente creemos nosotros que se refiere al medio más bien que al objeto, en cuanto que expresa la determinación de la regla de derecho obtenida mediante el proceso lógico. Ciertamente, si hubiéramos de distinguir la interpretación por parte de los medios que se pueden emplear para llevarla á efecto, habría que distinguirla en *lógica*, *histórica*, *sistemática*, etc., según que se propusiera determinar y fijar la disposición legislativa en el sentido de la lógica de las cosas, ó recurriendo á la historia, á los orígenes, á las discusiones, á los trabajos preparatorios, ó procurase relacionar la disposición de que se trate con las demás partes de la legislación, ó intentase determinar la disposición formal investigando el espíritu de la ley.

No desconocemos que, al emplear los medios indicados, debe siempre seguirse un proceso lógico, el cual no debe, en verdad, ser excluído ni aun cuando se trate de interpretación literal ó gramatical, puesto que, hasta cuando se intenta de-

terminar el significado de las palabras con el auxilio de las reglas gramaticales, hay que hacer uso de observaciones lógicas. Mas debemos advertir que el intérprete no debe construir con su lógica la regla de derecho, sino que, por el contrario, debe reconocer la autoridad de la misma y someterse al precepto legislativo. Si pudiera admitirse como máxima que el intérprete tiene facultad de emplear la lógica de una manera tal, que con semejante instrumento y á pretexto de penetrar en el espíritu de la ley se llegase á determinar la regla de derecho que estuviese más en armonía con la lógica, en este caso se le atribuiría la potestad de eludir la ley, siendo así que su misión no es la de reformar, sino la de aplicar las leyes tal y como sean.

Según ya hemos dicho, la interpretación no puede tener otro objeto sino el de determinar y fijar la voluntad del legislador. Puede ser necesaria solamente cuando la disposición tenga ó pueda tener sentidos varios, en cuyo caso, siendo ambiguo el precepto legislativo, es preciso fijar cuál sea lo que el legislador ha querido ordenar, es decir, su idea, su pensamiento, la *mens legis*, el contenido de la ley. Por cuya razón, para suprimir toda clase de equívocos tocante á la función del intérprete, hemos creído más adecuado denominar á la interpretación de que se trata, *ideológica* y no lógica, por cuanto tiende á fijar el concepto del legislador.

Para conseguir sus fines, debe el intérprete servirse de diferentes medios, y principalmente de la historia y de los orígenes de la ley, de sus motivos, de la comparación de las leyes, de la doctrina y de la jurisprudencia. Hablaremos de cada uno de ellos con la separación debida.

§ 1.º

Elemento histórico.

26. Cómo influye la historia en la formación de las leyes.—27. Las fuentes del derecho civil moderno.—28. Influencia del Derecho romano.—29. Derecho canónico y derecho feudal.—30. Influencia del derecho francés sobre las legislaciones civiles.—31. De qué manera el interprete puede servirse de las leyes anteriores.—32. Importancia de las discusiones que tienen lugar en las Comisiones llamadas á preparar un proyecto de ley.—33. De qué manera el elemento histórico puede auxiliar al intérprete.

26. El derecho positivo, en cuanto regula todas las relaciones humanas, sigue la ley constante de desarrollo y de progreso á que está sujeta la propia actividad humana bajo las circunstancias de tiempo y de lugar. De lo que se desprende, que las leyes son y deben ser la expresión más exacta de las necesidades actuales del pueblo, habida consideración del conjunto de las contingencias históricas, en medio de las cuales fueron promulgadas. Por estas consideraciones se ve con claridad que la historia es uno de los elementos más importantes para determinar el concepto y el sentido de las disposiciones legislativas. Toda institución jurídica representa la historia del origen, progresos, transformaciones y desaparición de las diferentes instituciones sociales. En esto estamos de acuerdo con la escuela histórica, y admitimos, como ella, que las reformas legislativas no se deben considerar como hechos arbitrarios, sino como el resultado necesario de las exigencias del pueblo y de las condiciones reales de la sociedad. Y como las circunstancias morales é históricas influyen en la formación de las leyes, es evidente que el estudio de la historia de cada institución ha de tener una utilidad grandísima para la interpretación de aquéllas, por el mero hecho de ser el elemento histórico un elemento integrante de las leyes mismas.

No consideramos oportuno extendernos en la demostración

de esta verdad, en cuanto que todos los jurisconsultos se hallan conformes en reconocer la utilidad del elemento histórico para la interpretación de las leyes. Solamente debemos advertir que no debe exagerarse, considerando la historia general del derecho como de utilidad inmediata, pues si es cierto que dicha historia puede servir de auxilio, lo es también que el intérprete no puede encontrar en ella aquellos otros auxilios directos y abundantes que derivan de la historia interna de cada una de las leyes; es decir, de las circunstancias históricas que precedieron á la formación de las mismas y la determinaron, y que es necesario considerar como elemento indispensable para interpretarlas bien. Esto nos lo ha enseñado el mismo Pomponio, el cual escribe: *Necessarium videtur in primis hujus juris originem atque processum demostrare.*

27. Los Códigos civiles modernos tienen su propia historia interna, y siempre que las palabras de la ley no expresan el pensamiento del legislador de un modo claro, debe recurrirse á las fuentes del derecho vigente.

Las fuentes del derecho moderno son, en general:

El Derecho romano.

El derecho consuetudinario.

El derecho canónico.

El derecho germánico.

El derecho francés.

Las legislaciones civiles vigentes en las diferentes regiones de cada Estado.

No es este el lugar á propósito para exponer la historia interna del derecho vigente. Materia tan importante sería preciso tratarla con mucha amplitud y detenimiento. Nosotros, por lo tanto, tenemos que concretarnos á hacer algunas breves consideraciones generales, con el propósito de indicar aquellas cosas que el intérprete debe cuidadosamente estudiar.

28. El Derecho romano es la fuente principal del derecho civil moderno, y debe constituir para el intérprete la fuente más segura con respecto á aquellas materias é instituciones

que han sido vaciadas en los moldes del mismo. Solamente es preciso que el intérprete no olvide que, al aceptar el legislador los preceptos del Derecho romano, los ha acomodado á las exigencias sociales modernas, tomando por modelo y guía las doctrinas de los más notables autores que han explicado, ilustrado y comentado las leyes romanas, la jurisprudencia constante de los Tribunales llamados á dictar sentencias y á aplicar el Derecho romano y el derecho consuetudinario.

Los mismos romanos tuvieron ya en una gran estima y consideración á los jurisconsultos, los cuales ejercieron una influencia decisiva en el progreso del derecho. Su autoridad creció desde el tiempo de Augusto en adelante, á causa de haber impuesto este emperador á los Jueces la obligación de atenerse y seguir como ley las respuestas de algunos jurisconsultos insignes (1). La autoridad de las *responsa prudentium* fué casi igual á la de la ley; pero siguió, sin embargo, la autoridad general é indeterminada del derecho científico, el cual ejercía su fuerza moral sobre cada Juez en todas las ocasiones en que no se habían dado respuestas sobre una contienda determinada, ó las que se habían dado eran contradictorias.

De lo cual resulta que, al considerar el Derecho romano como fuente del derecho moderno, es necesario reconocer la influencia del derecho científico, el cual, así como ha tenido una grandísima importancia en la formación del mismo Derecho romano, así también ha continuado teniéndola en la adaptación del derecho antiguo á los tiempos modernos.

La dificultad en esta materia consiste en saberse mantener en el justo medio. No se debe tratar de introducir y transportar al derecho civil vigente el concepto legislativo del derecho antiguo, sin armonizarlo con las otras partes de nuestro derecho, ni es tampoco necesario prescindir de la doctrina de los intérpretes del Derecho romano, con el propósito de introdu-

---

(1) L. 2, § 47, *Dig.*, *De orig. jur.* (1, 2).—Véase también la ley de Valentiniano III, *Cód. Teod.*, libro 1.°, tít. 4.°

cir en aquellas instituciones que han sido conservadas por el legislador (como, por ejemplo, la acción Pauliana), ciertos conceptos modernos no conformes con el derecho antiguo. La regla que debe seguirse es la de interpretar el derecho con las fuentes de donde procede, y ponerlo luego en parangón con las demás disposiciones del derecho vigente.

El derecho consuetudinario ejerció una influencia grandísima sobre el Derecho romano, y el mismo Justiniano lo reconoció en gran número de sus disposiciones. Ya hablaremos de la importancia de la costumbre en el derecho moderno.

29. El derecho canónico no tiene ya sobre las instituciones vigentes la misma autoridad que tiempos atrás tenía. Sin embargo, como la revolución, que ha separado la Iglesia del Estado, no ha podido suprimir bruscamente el influjo de aquél sobre algunas partes del derecho moderno, y á pesar de que la referida autoridad del derecho canónico haya dejado ya de existir, sin embargo puede ser muy oportuno, por lo que hace á las materias de derecho civil que derivan del mismo, el remontarse hasta su origen y estudiar su fundamento, parangonándolas con el derecho público territorial.

Prescindimos del derecho feudal y vamos á fijarnos en el derecho francés, el cual ha ejercido un influjo inmediato sobre todas las legislaciones modernas.

30. Los códigos franceses fueron el resultado más universal y más duradero de la revolución, y tuvieron autoridad en todos los países agregados al imperio francés á consecuencia de las anexiones llevadas á cabo después de la revolución y de las conquistas realizadas en los primeros años de este siglo, y en muchos otros pueblos que tomaron como norma y fundamento de su propia legislación el Código francés.

En Italia, después de la restauración, se trató, es verdad, de elaborar una legislación propia; pero los códigos promulgados después de 1814, aunque en algunos puntos se separaban de la legislación francesa, sin embargo experimentaron la influencia de la misma, hasta el punto de poderse con razón de-

cir que fueron una reproducción mejorada de los códigos franceses.

Todos los demás códigos modernos que han sido publicados en este siglo, han tenido en cuenta el movimiento jurídico y los amplios estudios hechos en la cátedra y en el foro; pero no se puede desconocer que el derecho francés ha tenido un grandísimo influjo en la formación de los mismos, y que, por consiguiente, hay que tener muy presente aquél como uno de los elementos históricos integrantes de las legislaciones modernas. Y sobre todo, por lo que se refiere á aquellas partes del código francés que se han conservado, puede ser muy conveniente aprovecharse de los profundos estudios y notabilísimas discusiones que tuvieron lugar al elaborarse dicho código.

No pretendemos con esto sostener que para interpretar el propio código pueda recurrirse al derecho francés, é invocar, como autoridad indeclinable, las sentencias de los Tribunales franceses y su jurisprudencia, como si aquella legislación fuese la fuente verdadera y única del derecho moderno; sino que lo que queremos decir es que el derecho francés puede en ciertos casos servir de auxilio al intérprete para fijar el concepto de la ley, en cuanto es posible considerarlo como una parte importante de la historia y de la tradición jurídica, supuesto que representa el resultado primero y más universal del movimiento jurídico de principios de este siglo.

La utilidad de la historia y de los orígenes del derecho para interpretar las disposiciones de una ley, ha sido victoriosamente demostrada y puesta fuera de toda duda, y todos los jurisconsultos se hallan de acuerdo en admitir que el origen histórico de las leyes es el más poderoso auxilio para interpretarlas. El intérprete no puede rechazar con un rasgo de soberbia semejante auxilio, y ponerse en abierta oposición con el código del propio país, so pretexto de querer interpretarlo con las luces de la razón. Es verdad que las disposiciones legislativas de cada país tienen un carácter y una fisonomía propia; pero también lo es que, debiendo ser consideradas

como el resultado del progresivo desarrollo ideológico, y como la expresión de las convicciones jurídicas nacionales, resultantes del progresivo movimiento histórico correspondiente, es preciso, para determinar el concepto jurídico del legislador, indagar la historia y la filiación de cada institución jurídica y de los preceptos legislativos, estudiando su desarrollo y aplicación en el Derecho romano, en el derecho canónico, en el derecho consuetudinario y en los códigos modernos, entre los cuales descuella el francés, que debe ser considerado como el más importante monumento legislativo de principios de nuestro siglo. Es muy cierto que el intérprete no ha de prescindir de ponderar las sustanciales y notables diferencias que separan el Código francés del código del propio país; pero debe tener en cuenta aquél y considerarlo como un importante elemento histórico de las legislaciones modernas.

31. De donde resulta que, para explicar el concepto de la ley de cada país, contribuye como factor el más importante la consideración de las leyes anteriores que han estado en vigor. A las cuales se debe acudir sobre todo cuando no haya oposición entre los preceptos de la ley antigua y los de la nueva, admitiendo siempre como principio que no se puede reconocer la autoridad de todas las leyes anteriores, generales ó especiales, tocante á las materias que hayan servido de objeto á un nuevo código. Sin embargo, hay que tener en la debida consideración las leyes anteriores para interpretar la nueva, estimándolas como la razón escrita explicativa de las disposiciones recientes.

32. Las discusiones que hayan tenido lugar en el seno de las comisiones que hayan preparado un Código, las observaciones hechas por los Cuerpos consultivos llamados á examinar el proyecto, las discusiones habidas en el Parlamento, los informes y todos los demás documentos de naturaleza semejante, pueden ser de gran utilidad para determinar el concepto de la ley.

Por lo demás, hay que tener presente que en todos los casos

en que el texto de la ley sea claro ó pueda ser aclarado mediante la expresión empleada por el legislador, no puede consentirse el que se dé importancia principal para transformar la disposición de la ley á lo que hayan dicho las comisiones en los informes presentados al Parlamento, ó los oradores que hayan tomado parte en la discusión.

Tampoco podemos admitir la opinión de aquéllos que han exagerado tanto la importancia de las discusiones tenidas en el seno de las comisiones llamadas á preparar un proyecto de ley, que hayamos de considerar las doctrinas sostenidas en ellas al intento de llegar á redactar un precepto legislativo como una interpretación auténtica del precepto mismo. Esta opinión es justamente combatida por el mismo Zaccaria, el cual escribe lo siguiente: «Las discusiones tenidas en el Consejo de Estado y las observaciones del Tribunado son de grandísima utilidad para la interpretación del Código de Napoleón, puesto que dan á conocer el origen de muchas disposiciones y los cambios que experimentaron los diferentes artículos del proyecto antes de su redacción definitiva. Pero, cualquiera que sea el auxilio que para la inteligencia de las leyes que componen el Código de Napoleón pueda proporcionarnos el conocimiento de las discusiones que tuvieron lugar en el Consejo de Estado, lo que desde luego es indudable es que se equivocaría grandemente quien pretendiese dar el valor de una interpretación auténtica á las opiniones manifestadas en el seno de aquella Asamblea, aun cuando hubieren sido adoptadas por mayoría ó por unanimidad de votos» (1).

Delisle, en su obra acerca de la interpretación de las leyes, presenta un ejemplo notable que confirma la opinión de Zaccaria. Recuerda, en efecto, que el art. 915 del Código civil fué aceptado á consecuencia de las explicaciones y razones particulares expuestas por un consejero respecto á la disposición contenida en dicho artículo, y que, á pesar de que el

(1) Zaccaria: *Curso de derecho francés*, § 41.

texto de la ley está en oposición con los argumentos aducidos en la discusión, sin embargo no hay más remedio que atenerse y someterse á dicho texto (1).

Nosotros estamos de acuerdo con la opinión de los autores citados, por la razón de que, aun cuando no pretendemos desconocer el valor de las discusiones de que se ha hecho mérito, las cuales deben siempre tener una gran autoridad y servir de poderoso auxilio para el conocimiento de la historia de la redacción de una disposición legislativa, no podemos, sin embargo, dar á aquéllas la preponderancia. Cuando la duda que proviene del texto de la ley puede eliminarse por medio de la comparación de éste con otras disposiciones legales relativas á la misma materia ó á materias afines, debe considerarse éste como el medio más seguro de interpretación y preferible á cualquiera otro; razón por la cual, en el caso propuesto, no es permitido referirse á los trabajos preparatorios, porque este sistema nos conduciría á sustituir el pensamiento y la voluntad de aquellos que prepararon las leyes, al pensamiento y á la voluntad del propio legislador.

33. Resulta, pues, que, lo mismo los trabajos preparatorios que cualquier otro elemento histórico, debe ser considerado en general como muy propio para vivificar el derecho vigente, recordando lo que con gran verdad escribió Portalis, esto es, que los Códigos se hacen con el tiempo. No obstante, aunque éstos sean siempre el resultado de una elaboración tradicional, y el desarrollo progresivo de las convicciones jurídicas del pueblo responde al estado político y á las instituciones del mismo, en todos los casos en que sea posible interpretar la ley mediante y con el auxilio de otras leyes, no es permitido abandonar este medio principal y más seguro para dar la preponderancia al elemento histórico.

---

(1) Delisle: *Principes de l'interpretatión des lois*, tomo 2.°, págs. 685-687.

§ 2.°

Motivo de la ley.

34. Puesto que el objeto de la interpretación es determinar y fijar el contenido de la ley, debe reconocerse como uno de los medios más útiles para este fin la indagación del motivo, ó sea la razón y causa de la ley, *ratio legis*, es decir, la intención y voluntad del legislador, *mens legis*.

El motivo de la ley es el conjunto de todas las causas, remotas y próximas, que la han dado origen y han influído en su nacimiento. La intención del legislador consiste en el fin que él mismo se ha propuesto conseguir; esto es, en el efecto que debe producir la ley. De tal manera está ligado el fin de la ley con el motivo de la misma, y de tal suerte están iden-

tificados ambos, que hay muchos escritores que no los distinguen (1).

Puede decirse que la regla de derecho, considerada en relación con el pasado, esto es, en relación con el derecho precedente que aún existe, y del cual puede aquélla considerarse como un desenvolvimiento lógico, constituye el motivo ó la *ratio legis*. Y la misma regla, considerada en relación con el tiempo futuro, es decir, en relación con el efecto que mediante ella se intente producir, constituye la *mens legis*. Pero hay que admitir, según Savigny observa, que en el pensamiento del legislador han estado presentes ambas relaciones, á saber: el pasado y el futuro, y que sólo puede admitirse una diferencia relativa procedente de que en ésta ó aquélla ley predomine una ú otra de las relaciones mencionadas.

Cuando del contenido mismo de la ley resulte que el intérprete debe consultar la historia para sorprender, determinar y fijar el concepto de la disposición legislativa, siempre será muy importante el estudio del pasado y del derecho que anteriormente haya estado en vigor, y cuyo lógico desenvolvimiento haya hecho nacer el derecho actual. Esta regla puede aplicarse al desarrollo normal del derecho existente en todos los casos en que el legislador, sin proponerse innovarlo sustancialmente, haya atendido, con leyes nuevas, á su más completo desarrollo y á su más acertada ordenación.

El determinar la intención del legislador puede ser una cosa útil para interpretar las leyes que se proponen crear ó abolir ciertas instituciones jurídicas. Pero dicha intención se averigua difícilmente, es decir, que cuesta trabajo establecer la relación necesaria entre el pensamiento recóndito del legisgislador y la manifestación de este pensamiento.

35. Ahora debemos procurar establecer el modo cómo puede conocerse de una manera exacta el motivo de la ley.

---

(1) Donnello: *Comment. jur. civ.*, cap. 13, núms. 9 y sig.; cap. 14, n.º 6; L. 5, *Cod. de legib.*—Everhardus: *Loc. argum.*, leg. 79, n.º 19.

El juez puede hacer un uso muy extenso de la lógica al averiguar las intenciones. Pero cuando, mediante su juicio, haya conseguido averiguarlas, ¿qué influjo podrá ejercer la determinación de la intención y de los motivos por respecto á la aplicación del texto de la ley?

Ciertamente, si el legislador hubiese enunciado los motivos de su disposición, estos motivos habrían de tenerse muy en cuenta para determinar el contenido de la ley, puesto que deberían ser considerados como las premisas de las cuales la disposición legislativa sería la conclusión. Pero el legislador no suele hacerlo así, como acostumbraba á hacerlo Justiniano en sus proemios; y por esta razón, no sólo no es siempre fácil fijar y determinar la *mens legis*, sino que hasta puede ocurrir alguna vez que no se llegue á comprender cuál haya sido el verdadero motivo de una disposición legislativa. Lo cual, sin embargo, no autoriza al Juez para hacer una investigación meramente subjetiva, al intento de sustraerse á la obligación de someterse humildemente al precepto del legislador, y para transformar el contenido de la ley mediante la inquisición de los motivos de la misma hecha por la razón individual. El Magistrado debe tener presente en todo caso el precepto de los jurisconsultos romanos: *Et de rationes eorum quæ constituuntur, inquiri non oportet; alioquin multa ex his, quæ certa sunt, subvertuntur* (1).

36. Por regla general, el motivo de la ley debe resultar de la ley misma, y no puede consentirse al Magistrado eludir el texto de ésta, so pretexto de querer penetrar en su espíritu. La mejor expresión del pensamiento del legislador es el texto de la ley: en él es donde se halla expresamente establecida su intención. Querer indagarla en otra parte, proponerse descubrir las relaciones ocultas entre el pensamiento y su manifestación, refugiarse en la investigación subjetiva del espíritu de la ley á fin de desconocer ó mermar la fuerza obligatoria de la

(1) *Leg.* 21, *Dig.*, *de leg.*

ley misma, es realmente muy peligroso y perjudicial en alto grado.

El presidente Favre expresaba enérgicamente su pensamiento en contra de los intérpretes que, inspirándose en los principios de la equidad, procuraban sobreponerse á la ley misma, cuando escribía que no hay cosa más funesta y más dañosa (1).

37. No vaya á deducirse de lo dicho que nosotros negamos enteramente la importancia de los motivos de la ley, y que pretendemos sostener que el Magistrado haya de sujetarse tan servilmente al texto que haya de infringir la ley misma y la voluntad del legislador. No, en verdad. Lo que nosotros tratamos de sostener es que cuando el texto de la ley sea claro, ó pueda ser aclarado mediante su confrontación con otras partes de la misma ley, ó mediante el estudio comparativo de ésta con otras leyes relativas á la misma materia ó á materias afines, no puede serle consentido al Juez el eludir la fuerza obligatoria de la ley con el pretexto de haber descubierto una voluntad del legislador distinta de aquella manifestada en el texto de la ley. Insistimos en creer que el medio principal y más seguro para interpretar las leyes debe ser el de estudiarlas en todas sus partes, teniendo presente el precepto romano: *incivile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula ejus proposita, judicare et respondere* (2).

Si con este medio no se consigue poner en claro el contenido de ley, entonces es necesario recurrir al estudio comparativo de la disposición oscura con las demás relativas á la misma materia ó á materias afines en la legislación de que se trate. Porque, en efecto, debe admitirse como principio indiscutible que todas las leyes tomadas en su conjunto, representan una única obra, y especialmente las que emanen de la misma época.

Debe considerarse, como regla general, que en ellas la uni-

(1) *Jurisprudenciæ Papiniana*, tit. 1.°

(2) L. 24, *De leg.*

dad de pensamiento es la condición normal, y de su comparación debe, por consiguiente, deducirse la intención del legislador; debiéndose siempre considerar como propósito predominante en el mismo el de llevar el derecho vigente á su más completo desarrollo.

No podemos, pues, admitir la doctrina sentada por el Tribunal de Casación de Turín (1), el cual establece que cuando la voluntad del legislador no esté suficientemente explícita, debe suponerse que éste ha querido lo que racionalmente no ha podido menos de querer; sino que, por el contrario, creemos que la fuerza de la ley no puede ser mermada en manera alguna porque nosotros no encontremos en ella un motivo conocido, y que en todos los casos en que el significado de las palabras de la mismas no sea ambiguo, no puede ser permitido al Magistrado, simple ejecutor de dicha ley, indagar por otros caminos y por otros modos la intención y la voluntad del legislador.

38. El motivo y el espíritu de la ley deben ser considerados como un medio de gran importancia para determinar el contenido de aquélla, siempre que la disposición sea dudosa y ambigua: 1.°, porque siendo indeterminada la expresión, no puede conocerse de un modo preciso el concepto legislativo; 2.°, porque siendo inexacta la expresión, resulte que el concepto que de ella proceda inmediatamente sea, sin género alguno de duda, distinto del pensamiento del legislador; 3.°, porque haya dudas acerca de la naturaleza de la disposición, es decir, acerca del objeto de la misma; 4.°, porque haya dudas respecto á su alcance y límites.

Cuando la ley sea defectuosa á causa de lo indeterminado de las expresiones que emplee, el motivo de la misma puede ser un medio poderoso para interpretarla, en cuyo caso se consiente al Juez que dirija su atención hacia el valor intrínseco del resultado que el legislador se haya propuesto conseguir, al propósito de dar á aquélla alguna utilidad. Al efecto, bueno

(1) Cas. de Turín, 21 de Enero de 1874 (Bianco), ley 11, 1, 590.

será tener presente la regla de Menoquio: *Interpretatio in dubiis facienda ut dispositio sustineatur* (1). *Interpretatio sumitur ne frustra actus sit factus, etiam in his casibus qui strictam interpretationem solum admittunt* (2).

En semejante hipótesis, el Juez puede referirse á los principios de la equidad con el propósito de completar, con arreglo á los mismos, la vaguedad de la expresión de la ley. Pronto veremos cómo la misma equidad puede influir para restringir ó para extender el alcance de las disposiciones legislativas.

Pero debemos advertir que la consideración del valor intrínseco del resultado y del propósito de la ley debe ser considerado como el medio más peligroso de interpretación, si se emplea, no sólo para determinar el concepto legislativo en el caso de vaguedad de la expresión, sino también para poner de acuerdo éste con el pensamiento del legislador.

Cuando la disposición legislativa sea clara por sí misma, ó pueda ser aclarada, no es lícito al Magistrado pretender completar el contenido de la misma recurriendo á los principios de la equidad. Esto equivaldría á sustituir el Juez por el legislador. ¿A qué extremo se llegaría, escribe el Presidente Bouhier, si se permitiese al Magistrado que tiene que dictar sentencia, preferir lo que él imaginase que es lo más equitativo á aquello que ha sido mandado por el legislador? (3) Con más vivacidad aún escribía D'Argentrè, diciendo que era una sabiduría tonta la de aquel que pretende saber más que el propio legislador (4).

Repetimos, pues, que el propósito de la ley ó el valor intrínseco de su resultado, solamente puede ser tomado en consideración en el caso de que el concepto legislativo sea ambiguo; ambigüedad que puede derivar de que la disposición ten-

---

(1) Menochius: *Consilia*, 167, núm. 4.

(2) Menochius: *De adipisc. possess.*

(3) Bouhier: *Observations sur la coutume de Bourgogne*, chap. II, núm. 48.

(4) Citado por Laurent, *Droit civil*, tomo 1.°, § 273.

ga varios significados, distintos unos de otros, ó de que tenga un significado amplio y otro restringido. En esta hipótesis, si el resultado de una de las dos explicaciones fuese más conforme que el otro con el intento del legislador, ó si una de las dos explicaciones condujese á un resultado más útil, más conveniente y más conforme con aquello que ha sido considerado constantemente justo y equitativo en los preceptos de la ley, será necesario atenerse á ella, como á la que, con respecto al resultado, tiene un valor intrínseco superior á las demás.

39. Con los principios que se acaban de sentar se hallan conformes las siguientes reglas de los jurisconsultos romanos:

Quoties idem sermo duas sententias exprimit, ea potissimum excipiatur, quæ rei gerendæ aptior est (1).

In re dubia benigniorem interpretationem sequi non minus justius est, quam tutius (2).

Benignus leges interpretandæ sunt, quo voluntas earum conservetur (3).

Esta regla es preciso interpretarla en el sentido de que, en el caso de ambigüedad, debe preferirse la explicación que no esté en contradicción con el motivo conexionado inmediatamente con el contenido de la ley.

Haciendo aplicación de la misma á las leyes penales, se deduce la regla de que, en el caso de ambigüedad, debe preferirse la pena menos dura: *Interpretatione legum pœnæ molliendæ sunt, potius quam asperandæ* (4).

40. Pasemos ahora á examinar el segundo caso, en el cual puede ser útil tener en cuenta el motivo de la ley para determinar el concepto de la disposición legislativa. Puede suceder que una disposición legislativa exprese á primera vista un concepto determinado y admisible, pero que, tomada después en

---

(1) L. 67, *Dig.*, *De reg. jur.*

(2) L. 192, § 1.°, *Dig.*, *De reg. jur.*

(3) L. 18, *Dig.*, *De legibus.*

(4) L. 42, *Dig.*, *De pœnis.*

su conjunto, presente alguna contradicción, proveniente de la falta de exactitud con qué haya sido redactada. En tal caso, debe admitirse sin dificultad que, siendo la redacción un medio para manifestar el pensamiento del legislador, cuando semejante redacción sea contradictoria, conviene salvar la contradicción, rectificando aquélla en conformidad con la *mens legislatoris*, la cual es la que en todo caso debe tener preferencia.

La aplicación de esta regla no puede ser difícil, cuando del contenido mismo de la ley que trate de establecer el derecho resulta que no hay concordancia lógica entre la expresión y el pensamiento. Tal es el caso de la disposición del art. 463 del Código civil italiano, que dice: «El derecho de accesión, cuando tiene por objeto cosas muebles pertenecientes á distintos propietarios, se rige por los principios de la equidad natural. Las disposiciones siguientes servirán de norma al Juez para decidir, en los casos no previstos, con arreglo á las circunstancias particulares.» Verdaderamente este es el caso de decir: *Sed etsi maxime verba legis hunc habent intellectum, tamen mens legislatoris aliud vult* (1).

En efecto; resulta evidente que el motivo general del artículo citado es determinar las reglas de derecho relativas á la accesión de las cosas muebles. Ahora bien; la redacción del mismo presenta una verdadera contradicción entre las expresiones y el pensamiento del legislador; pues no es admisible que éste haya querido dar reglas al Juez para decidir los casos no previstos por la equidad natural, y por consiguiente, será preciso reconocer que la expresión no es exacta y que hay que rectificarla y ponerla en armonía con el pensamiento; es decir, que debe suponerse que el legislador ha querido establecer las reglas de que debe servirse el Juez para resolver conforme á las particulares circunstancias, y al mismo tiempo admitir que el derecho de accesión relativo á las cosas muebles, en los ca-

(1) L. 13, § 2.°, *Dig.*, *De excusationibus*, (27, 1.)

sos no previstos por la ley, deba ser regulado por los principios de la equidad natural. Este es un caso en que evidentemente encuentra su aplicación la regla que ordena al Juez atribuir á la ley el sentido que resulta claro del significado propio de las palabras, según el enlace de las mismas y de la intención del legislador (1).

41. La regla que acabamos de exponer puede ser aplicable con seguridad y sin peligro alguno en el caso en que la expresión literal conduzca á un resultado contradictorio con el motivo manifiesto de la ley; esto es, con lo que resulta del contenido mismo de la ley y del pensamiento del legislador, que pueda ser reconocido por todos.

Por el contrario, sería verdaderamente peligroso el seguir la misma regla cuando el Juez, no pudiendo comprender á primera vista la relación existente entre la expresión y el pensamiento del legislador, y proponiéndose encontrar un motivo conforme con sus propias intenciones, considerase inexacta la expresión y se propusiera corregirla, con el propósito de establecer armonía con aquello que, á su juicio, constituye el motivo de la disposición. Ciertamente, este modo de proceder no tendría el carácter de interpretación de la ley, sino que más bien sería una transformación de la misma. En efecto, el Juez no se propondría armonizar la expresión con el pensamiento del legislador, sino que, presumiendo que éste no ha tenido un pensamiento claro y determinado, é imaginando las cosas que el legislador habría debido decir, se propondría corregir la expresión, considerándola como inexacta, por la razón de que no la encuentra en concordancia lógica con su propio pensamiento.

El intérprete que obrase de este manera, no trataría de corregir la simple expresión inexacta, es decir, la apariencia exterior, sino el verdadero contenido de la ley; y desconociendo

(1) *Verbum ex legibus, sic accipiendum est: tam ex legum sententiæ, quam ex verbis.* L. 6.°, § 1.°, *Dig.*, *De verb. sign.* (50, 16.)

los límites de su propia fundación, llegaría á colocarse por encima del legislador.

El motivo de la ley que resulte evidentemente del contenido de la misma, debe ser cuidadosamente examinado para vivificar la expresión, en el supuesto de que esta última sea indeterminada é inexacta; pero debe, en todo caso, considerarse como peligroso el investigar el motivo presunto de la ley para modificar su contenido y corregir la expresión clara y precisa, puesto que puede muy bien ocurrir que el motivo sea incierto y que el Juez no pueda fijarlo de un modo seguro. Sin embargo, no debe oficiar de legislador, corrigiendo la expresión clara y precisa, y remontándose al pensamiento de la ley según él lo entienda; pues entonces se llegaría á destruir toda certeza en el derecho, y se confundiría la interpretación con la transformación y la reforma del mismo (1).

Por tanto, para ser consecuentes, no podemos admitir como máxima la doctrina sancionada por el Tribunal de Casación de Nápoles, el cual establece que, si al deducir de las palabras de la ley el concepto y espíritu de la misma, se advirtiese la necesidad de violar la razón y la justicia, debe suponerse que ha habido inexactitud y falta de precisión en el lenguaje (2). Este principio conduce, en efecto, á atribuir al Juez la facultad de corregir el verdadero pensamiento de la ley, mediante la referencia á aquello que, según la razón del mismo Juez, debería constituir el contenido de dicha ley.

42. El motivo ó el espíritu de la ley puede ser tenido en cuenta sin peligro alguno, si no con mucha utilidad y ventaja, siempre que se trate de determinar la naturaleza de la regla jurídica. Al intérprete corresponde determinar la naturaleza del precepto legislativo y su conexión con las demás partes del

---

(1) *Non omnium, quæ a majoribus constituta sunt, ratio reddi potest. Et ideo rationes eorum, quæ constituuntur, inquiri non oportet; alioquin multa ex his, quæ certa sunt, subvertuntur.* L. 20, 21, Dig., *De legibus.*—Véase Savigny, *Sistema del Derecho romano*, vol. 1.°, § 37.

(2) Cas. de Nápoles, 17 de Abril de 1869; Elia, Acquino, ley 9.ª, 1, 685.

derecho. Ahora bien; para determinar y definir la naturaleza de la ley, debe también tenerse en cuenta el contenido de la misma y el pensamiento del legislador, en vez de atenerse al epígrafe de los títulos ó de los capítulos del Código, dentro de los cuales se halla colocada la disposición.

43. Ahora debemos examinar de qué manera la interpretación del contenido de la ley y de la intención del legislador puede servir para determinar la extensión y alcance del precepto legislativo, es decir, para precisar los casos que deben considerarse incluídos ó excluídos del círculo de los hechos y de las relaciones jurídicas á que se extiende la autoridad de dicho precepto.

44. Puede suceder que el legislador haya manifestado su pensamiento, valiéndose de palabras que tengan un significado propio, de manera que no haya duda alguna respecto al precepto legislativo, ni tocante á la expresión, ni tocante al significado de las palabras; y sin embargo, puede haberla acerca de si, habida consideración del enlace lógico entre el pensamiento y la expresión, puede la ley tener más ó menos amplitud; es decir, acerca de si un caso particular debe considerarse incluído ó excluído de la disposición legislativa. En semejante hipótesis, la interpretación debe también proponerse determinar y fijar el concepto y el contenido de la ley, y puede dar como resultado el que se extienda ó se restrinja el alcance de la misma. Esta forma de interpretación suele denominarse extensiva ó restrictiva, cuya denominación aceptamos también nosotros.

Creemos, además, oportuno advertir que esta forma de interpretación debe distinguirse de aquella otra que se llama declarativa, la cual no extiende ni restringe el alcance del precepto legislativo, sino que se limita á explicar su contenido; y debe también distinguirse de la interpretación basada en la analogía, y que nosotros hemos denominado interpretación lógica, la cual tiene lugar cuando se presenta una nueva relación jurídica, no conocida antes, y que no puede considerarse como elemento y parte de ninguna institución jurídica regulada por

el derecho político vigente, ó cuando, por la novedad del caso, no pueda éste ser referido á ninguno de los tipos de relaciones regidas por el derecho positivo: en tales casos, como falta por completo la *regula juris*, se trata de formarla mediante el procedimiento lógico.

Esta segunda forma de interpretación, de la cual nos ocuparemos más adelante, y que tiende á la integración y á la formación del derecho positivo, no puede confundirse con la interpretación extensiva, propiamente dicha, la cual forma parte de la interpretación ideológica, en cuanto tiende también á precisar el contenido de la ley, al intento de encontrar en él los límites en que debe encerrarse su aplicación, es decir, á precisar el pensamiento del legislador para que la aplicación del precepto establecido por éste no se haga en manera incompleta ni en manera excesiva.

Determinado de esta suerte el carácter de la interpretación extensiva y de la restrictiva, veamos de examinar la manera cómo una y otra deben ser empleadas.

45. El principio fundamental de la interpretación extensiva es que el precepto legislativo debe ser aplicado á todos aquellos casos que, aunque no estén literalmente indicados en la ley misma, deben, no obstante, considerarse virtualmente comprendidos en ella, en consideración á su espíritu, ó en consideración á la naturaleza de las cosas.

De aquí se derivan las reglas: *Ubi eadem est legis ratio, eadem esse debet legis dispositio. Quoties lege aliquid unum vel alterum introductum est, bona occasio est, cœtera, quæ tendunt ad eandem utilitatem, vel interpretatione, vel certa jurisdictione suppleri* (1).

Siempre que el motivo de la ley resulte del contenido de la misma, la regla establecida por el legislador debe aplicarse á todos los casos que se consideren comprendidos en ella, por encontrarse en igualdad de condiciones. No es, efectivamente,

---

(1) Ley 13, *Dig.*, *De legibus*.

presumible que la disposición pueda abarcar literalmente todos los casos posibles: *neque leges, neque senatusconsulta ita scribi possunt*, escribe Juliano, *ut omnes casus, qui quandoque inciderint, comprehendantur: sed sufficit et ea, quæ plerumque accidunt contineri* (1); por lo que es muy racional extender todas las disposiciones á todos los casos que, por efecto de la igualdad de condiciones y de motivos, deban estimarse comprendidos en el concepto jurídico del legislador.

Por ejemplo, el art. 895 del Código civil italiano, que permite la sustitución vulgar para el caso en que el instituído no pueda ser heredero, debe hacerse extensivo á todos los demás casos en que, por cualesquiera eventualidad, el instituído *heres non sit*, y, por lo tanto, debe hacerse extensivo al caso en que la institución de heredero haya sido hecha bajo condición suspensiva que no pueda saberse si se cumple sino en el momento de la muerte.

La disposición legislativa debe aplicarse además por extensión á todas las cosas que deban considerarse virtualmente comprendidas en el objeto de la ley.

El art. 438 del Código civil italiano establece como regla que nadie pueda ser obligado á ceder su propiedad, excepto por causa de utilidad pública. Ahora bien; como el derecho de propiedad comprende el de usufructo, el de uso, el de prenda, etc., la disposición del referido artículo debe hacerse extensiva á todos los derechos comprendidos en el de propiedad.

Lo propio debe decirse de aquello que, gracias á la naturaleza de las cosas, constituya objeto de la disposición ó derive de ella.

La razón de esto es que la ley que estatuye sobre una cosa como principio y origen, estatuye necesariamente sobre todo aquello que se deriva de la cosa misma.

Así, el art. 725 del Código civil italiano, que priva del derecho de sucesión á los indignos, se extiende naturalmente al

---

(1) L. 10, *Dig.* (1, 3).

derecho de invalidar el testamento y al derecho de hacer uso de las acciones que de él derivan, las cualés son la consecuencia necesaria del derecho de suceder.

Por la misma razón, la ley que prohibe un hecho determinado, hace extensiva su autoridad á todos los medios que de una manera indirecta conducen á la realización del hecho prohibido.

Así, la prohibición de las disposiciones por el alma y en favor del alma, hecha por el art. 831 del Código civil italiano, implican la prohibición de cualquiera otra disposición general y absoluta para misas que hayan de celebrarse en bien exclusivo de aquélla. Por lo cual, á la parte de herencia destinada á la celebración de misas en favor del alma, deberá aplicarse la regla establecida por el artículo citado, esto es, que al igual de toda otra disposición por el alma, debe ser devuelta á los herederos legítimos del testador.

Por la misma razón, el art. 134, que prohibe á la mujer casada hacer donaciones, debe hacerse extensivo á todos los hechos que, por vía indirecta, puedan dar por resultado un acto de liberalidad, prohibido por el legislador á la mujer casada.

Podemos, pues, establecer como regla que toda disposición legislativa prohibitiva debe extenderse á aquellas cosas que tienden á eludir el fin de la ley y el objeto de la prohibición. De donde resulta la regla: *Contra legem facit, qui id facit, quod lex prohibet: in fraudem vero, qui salvis verbis legis, sententiam ejus circunvenit* (1).

Deben también considerarse como comprendidos en la disposición prohibitiva los actos realizados por terceras personas que condujesen á eludir la razón de la ley.

Así, el art. 1054 del Código civil italiano, que prohibe á los cónyuges hacerse donaciones y liberalidades durante el matrimonio, debe hacerse extensivo á los actos de terceras personas que se hubiesen prestado á eludir la ley, puesto que debe con-

---

(1) L. 29, *Dig.*, *De legibus* (1, 3).—Véase también L. 4, *Cód.*, *De legibus* (1, 14).

siderarse como contrario á la razón y al motivo de este artículo el que los cónyuges puedan hacerse liberalidades, aunque sea con el nombre y por mediación de otras personas.

46. La extensión deducida de la razón y del fin de la ley puede también ser valedera para aplicar la disposición á todas aquellas cosas y relaciones que, por efecto de la semejanza ó igualdad en la condición jurídica, se deban considerar comprendidas en el precepto legislativo. Savigny aduce el ejemplo de las Doce Tablas, las cuales requerían la posesión de dos años para la usucapión del *fundus*, y de un año para la de todas las demás cosas. Se originó la duda de si la disposición debería hacerse extensiva á las casas, las cuales no estaban realmente comprendidas bajo la denominación de *fundus*. Pero como la usucapión debía comprender en general á todas las cosas, y éstas, en relación con dicho fin, debían dividirse en dos grandes categorías, una de inmuebles y otra de muebles, resultaba claro que el sentido de la ley era el de que todas las cosas inmuebles, en razón de su completa semejanza, debían estar sujetas á la misma regla, y que el legislador había empleado la palabra *fundus* tan sólo porque la lengua carecía de otra palabra más adecuada para abarcar los fundos rurales y las casas. Por esto, el precepto legislativo se aplicó, con interpretación extensiva á todas las cosas inmuebles, y, por consiguiente, á las casas.

Los jurisconsultos romanos expresaron este concepto en la regla dada por Juliano: *Non possunt omnes articuli singillatim aut legibus, aut senatus consultis comprehenti: sed cum in aliqua causa sententia eorum manifesta est, is, qui jurisdictioni præest, ad similia procedere, atque ita jus dicere debet* (1).

Por regla general debe, pues, admitirse, que la norma establecida por el legislador para un caso determinado es aplicable á todos los casos semejantes, y que aun cuando el legislador haya enumerado algunos casos, esta enumeración debe

(1) L. 12, *Dig.*, *De legibus*.

considerarse como meramente *indicadora*, á no ser que la norma haya sido formulada de manera tal que no pueda menos de considerarse circunscrita dentro de los límites marcados por el legislador mismo, por estar clara su intención de que, fuera de estos límites, la regla que debe aplicarse ha de ser la opuesta. En esta última hipótesis, la enumeración de los casos debe ser considerada como *taxativa*, y habrá de estimarse que lo es, no sólo cuando el legislador lo haya declarado expresamente, sino también cuando se trata de una ley excepcional, ó cuando por el motivo y razón de la ley, ésta no pueda comprender más que los casos á que terminantemente se refiere.

47. Estos principios deben servir de guía para el buen uso de la interpretación extensiva que tiende á atribuir á la ley un sentido indirecto, y que suele llamarse *argumentum a contrario*. Los aforismos *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit;—inclusio unius exclusio alterius;—qui de uno dicit de altero negat*— pueden ser útil y oportunamente invocados por el intérprete, siempre que tenga en cuenta dichos principios.

Hay casos en los cuales la disposición legislativa, por su propia naturaleza, entraña en sí misma los límites en que debe contenerse, como sucede, por ejemplo. con aquellas disposiciones que otorgan el ejercicio de una acción por tiempo determinado. Suponiendo que el legislador concede el derecho de intentar una acción dentro del término de un año, esto implica que, pasado el año, ya no puede concederse aquélla.

El argumento *a contrario sensu* puede igualmente ser empleado con una cierta seguridad en las leyes prohibitivas; pero no puede decirse lo mismo tocante á las leyes que declaren las relaciones jurídicas, definan los derechos ó permitan alguna cosa. En estas últimas debe tener menos influencia el argumento *a contrario sensu*, puesto que debe siempre suponerse que la voluntad del legislador es más extensa y más comprensiva de lo que da á entender la expresión de la ley, no siendo permitido á aquél enumerar taxativa y específicamente los casos en que puede ser aplicada su disposición. Por consiguiente,

el argumento de que se trata sólo tiene valor en lo que toca á aquellas disposiciones que por su propia naturaleza deben ceñirse á los casos enumerados en ellas. Así, por ejemplo, sucede con las disposiciones contenidas en las leyes orgánicas, como son: la hipotecaria, la que se refiere al estado civil y otras semejantes.

48. Finalmente, pertenece á la categoría de la interpretación extensiva aquella que se funda en el argumento *a majori ad minus* y *a minori ad majus*. Dicho argumento consiste en extender una disposición legislativa á un caso no comprendido en la misma; pero que, sin embargo, debe considerarse que pertenece al contenido de la referida disposición, en cuanto el motivo que la ha producido es más evidente en el caso de que se trata que en cualquier otro expresamente comprendido en aquélla.

Ahora es preciso que examinemos cómo, al contrario de lo que se acaba de decir, los límites propios de la ley y de su alcance y extensión pueden ser restringidos y estrechados cuando de aplicarla se trate.

49. La regla fundamental, por lo que á este particular se refiere, es que la disposición legislativa no puede ser aplicada á aquellos casos que, aunque á primera vista pueda parecer que han sido comprendidos en el texto, literalmente tomado, sin embargo, deben ser excluídos del mismo, en consideración al motivo de la ley y al pensamiento del legislador. De aquí resulta el aforismo: *cessante ratione legis cessat ejus dispositio.*

Esta regla, que constituye la base de la interpretación restrictiva, puede ser aplicada con provecho cuando el motivo de la ley, expresado de un modo manifiesto en la ley misma, y que constituye la *ratio legis*, es decir, el pensamiento del legislador, se cambie ó desaparezca por completo.

Pero sería verdaderamente peligrosa y errónea la aplicación de la regla susodicha con el propósito de deducir de ella que una ley promulgada, obedeciendo á circunstancias transitorias, debe dejar de ser obligatoria por la sola consideración

de que éstas hubiesen desaparecido. De este modo opinaban los que pretendían poder aplicar esta regla á la abrogación tácita de las leyes, lo cual no puede admitirse, según veremos. En efecto; no puede admitirse como máxima que una ley pueda perder su fuerza obligatoria por el sólo hecho de haber cesado las circunstancias que la motivaron; pues es posible que tenga la fuerza por sí misma, en cuyo caso, como dicha fuerza no merma porque la ley carezca de un motivo que nos sea conocido y que nosotros creamos que debiera tener, tampoco merma porque el motivo no sea permanente, por no ser permanentes las circunstancias en consideración á las cuales se dió dicha ley.

La regla, pues, tiene aplicación cuando la razón misma de la ley, ó sea la *voluntas legislatoris*, puesta en claro merced al concepto y al contenido de la disposición legislativa, obligue á restringir el precepto, excluyendo el caso especial, porque, en lo que al mismo se refiere, deba considerarse que falta completamente la razón que dió origen á la ley. Esta exclusión podrá hacerse con completa seguridad cuando, al aplicar el precepto al caso que se halla comprendido en el tenor literal de la ley, se llegue á un resultado que esté en contradicción manifiesta con la intención explícita del legislador. Así, por ejemplo, una disposición legislativa promulgada con el evidente propósito de favorecer la posición de determinadas personas, debe ser interpretada de un modo restrictivo, siempre que de la expresión literal resulte perjudicada la condición de aquéllas. *Nulla juris ratio*, escribe Modestino, *aut æquitatis benignitas patitur, ut quæ salubriter pró utilitate hominum introducuntur, ea nos duriore interpretatione contra ipsorum commodum producamus ad severitatem* (1).

Un ejemplo de la regla mencionada lo encontramos en el precepto relativo á los pactos dolosos. El Pretor había dicho: *pacta dolo mala facta non sunt servanda*; por lo cual surgió la

(1) L. 25, *Dig.*, *De legibus*.

duda de si las transacciones hechas con dolo se deberían considerar como absolutamente nulas. Ateniéndose á la expresión literal, que era general, se deberían haber considerado absolutamente nulas las transacciones dolosas. Pero se dijo que, habiéndose establecido la excepción de nulidad en favor de aquella persona que había sido víctima del engaño y no en favor de aquella que lo había producido, si al perjudicado le hubiese tenido cuenta mantener subsistente la transacción, ésta no debía ser declarada nula, puesto que siendo el motivo de la ley el de proteger á quien hubiese sido perjudicado, no podía consentirse que la disposición dictada con este fin hubiera de cambiarse en perjudicial. De aquí la regla aceptada comunmente en la práctica de que *quod favore seu in gratiam aliquorum introductum est, non debet unquam contra ipsorum commodum produci* (1).

50. Una disposición legislativa puede también restringirse en su aplicación, siempre que el verdadero límite de ésta resulte evidente del contenido de la ley misma. En esta hipótesis, debe considerarse excluído de la intención del legislador todo caso que se encuentre fuera del límite dicho. Savigny hace mención del ejemplo del Edicto que conminaba con la infamia á la viuda que contrajese nuevo matrimonio durante el tiempo del luto. Como era evidente la intención del legislador de eliminar toda clase de duda acerca de la paternidad del hijo que naciese después de la muerte del marido, el Edicto, gracias á la interpretación restrictiva, no se aplicó á la viuda que hubiese dado á luz poco tiempo después de acaecida la muerte de aquél, puesto que ya se hacía imposible toda incertidumbre acerca de la paternidad del hijo nacido después del matrimonio de la referida viuda (2).

Otro ejemplo evidente lo encontramos en el Digesto. El Edicto de los ediles disponía que el vendedor de un animal es-

---

(1) L, 6, *Cód.*, *De legibus* (14, 1).

(2) Savigny: *Sistema del Derecho romano*, vol. 1.° § 37.

tuviese obligado á poner en conocimiento del comprador las enfermedades, vicios ó defectos que tuviera, y si no hubiese cumplido esta disposición de la ley, el comprador podía ejercitar contra él la acción redibitoria (1). Se dudaba si este precepto del Edicto debería aplicarse cuando el vendedor hubiese vendido un caballo ciego, y Ulpiano dijo que no era aplicable á este caso, puesto que el motivo de la disposición era impedir que el comprador fuese engañado, lo cual no podía acaecer en el caso que se cuestiona, porque habría podido ver por sí mismo el vicio que el caballo tenía, lo cual hacía desaparecer toda razón para que la aplicación referida pudiese tener lugar (2).

51. Vamos ahora á considerar el límite de la aplicabilidad de la ley.

La naturaleza de la regla jurídica contenida en la ley debe ser tenida en consideración para determinar dicho límite. El cual debe, en efecto, restringirse siempre que se trate de leyes singulares ó de aquellas otras que se llaman derogatorias y que constituyen una excepción de las reglas generales ó de otras leyes, ó de leyes que tengan el carácter de penales, ó de las que restringen el libre ejercicio de los derechos que corresponden á los particulares.

A este propósito, tenemos la regla sancionada por el legislador italiano en el art. 4.° del Código civil, en el cual dice: «Las leyes penales y aquellas otras que restringen el libre ejercicio de los derechos, ó constituyen una excepción de las reglas generales, ó de otras leyes, no se pueden extender á otros casos y tiempos más que á los comprendidos en las mismas.»

El legislador italiano ha evitado con esta regla muchas contiendas que subsisten en las demás legislaciones, en las cuales no ha sido tan bien determinado como en la nuestra el principio doctrinal *odia sunt restringenda.*

---

(1) *De ædilitio Edicto, Dig.,* 21, 1.

(2) *Ibidem,* L. 1, § 6.

El principio sentado por nuestro legislador se encuentra formalmente establecido varias veces en el Derecho romano. Basta, en efecto, recordar, entre otras, las siguientes reglas contenidas en el Digesto, las cuales prohiben la extensión de toda disposición contraria al derecho común: *Quod contra rationem receptum est non est producendum ad consequentias. In his quæ contra rationem juris constituta sunt non possumus sequi regulam juris.* Por donde vemos establecido el principio de que, tocante á las leyes que constituyen una excepción del derecho común, no es lícito seguir la regla perteneciente á este derecho, es decir, que no es permitido extender las leyes excepcionales con arreglo á las mismas normas que hemos visto se aplican á las leyes de derecho común (1).

Pasando á examinar particularmente cuáles sean las leyes cuya interpretación no puede extenderse, sino que deben interpretarse restrictivamente por lo que toca á los casos que se han de considerar como comprendidos y regulados por ellas, creemos que se pueden dividir en cuatro categorías, á saber: aquellas que son una excepción de otras leyes ó que constituyen lo que se llama derecho singular; aquellas que derogan al derecho común, y que, por lo tanto, constituyen una excepción á las reglas generales sentadas por el legislador: son las leyes excepcionales derogatorias; aquellas que restringen el libre ejercicio de los derechos conferidos por la ley y las leyes penales.

52. El carácter común de toda ley es sancionar un precepto general y obligatorio para todos. *Jura*, dice Ulpiano, *non in singulas personas, sed generaliter constituuntur* (2). De aquí que cuando el precepto legislativo se refiere á una persona ó á una clase de personas, ó cuando debe considerarse circunscrito á un caso determinado ó á un determinado tiempo, constituya lo que

---

(1) Esta es la interpretación de Donello á la L. 15: *Non possumus sequi regulam juris. Regulam juris hic accipiemus non regulam quidem juris communis, sed regulam de interpretatione juris et legum, qua placet, jus constitutum porrigi et eas causas, in quibus sit eadem ratio. Commentar. juris civ.*, cap. 14, n.° 10.

(2) L. 8.ª, *Dig. De legibus.*

se llama derecho singular. Ahora bien; es evidente que, atendida la naturaleza misma y el carácter de las disposiciones del derecho singular, debe admitirse que no es posible extenderlas á más casos que los enumerados por el legislador. Á estas disposiciones tiene perfecta aplicación la regla *lex ubi voluit dixit*. Como la disposición, ora conceda derechos, ora conceda privilegios, tiende siempre á derogar el derecho común, debe también siempre ser considerada como ley especial, y debe creerse que la *mens legislatoris* ha sido el atender al caso contemplado en la misma; no siendo, por lo tanto, lícito añadir nada á lo que en la disposición se halla expresado. De donde resulta que el Magistrado cometería una arbitrariedad si pretendiese tomar en consideración la semejanza del caso, ó referirse á la igualdad del motivo, á fin de extender una disposición de derecho singular (1).

Creemos, además, muy oportuno advertir que es necesario determinar el concepto jurídico de lo que llamamos derecho singular. Si, en efecto, hubiera de considerarse como tal cualquiera disposición de ley que atiende especial y limitadamente á ciertas clases de personas, de cosas ó de asuntos, podría ampliarse notablemente el carácter de éste *jus singulare*. La ley que provee á determinadas clases de personas no puede considerarse, tan sólo por esto, como de derecho singular. Para que así sea, es necesario que la disposición tenga el carácter de excepcional con respecto al derecho común, es decir, al que preceptúa en términos generales, aun cuando se refiera á una clase determinada de personas, de cosas ó de negocios jurídicos. Así no puede llamarse disposición de derecho singular aquella que regula el derecho de repetir la cosa mueble que hemos perdido ó que nos ha sido robada, mientras que entendemos que puede estimarse como tal la que regula el ejercicio de este derecho

(1) Casación de Turín, 19 de Junio de 1874; *Jurisprudencia turinense*, IX, 666. Id. de Perusa, 2 de Marzo de 1871; *Anales de Jurisprudencia*, V, 2, 169.—Id. de Florencia, 18 de Diciembre de 1773; *Ibidem*, VIII, 2, 32.

respecto al poseedor que haya comprado la cosa robada ó perdida en una feria (art. 709).

Considerando, pues, que el carácter propio del *jus singulare* es el de ser un derecho excepcional y derogatorio del derecho común (1), admitimos como regla general referente al mismo la que nos da Paulo, á saber, que *quod contra rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentias* (2).

Una de las formas que el derecho singular puede adquirir es la del privilegio, el cual puede consistir en la exención del derecho común que deriva de la ley, en consideración á la situación y relaciones especiales en que pueden encontrarse las personas (3). No creemos necesario entrar en detalles particulares.

53. Las leyes excepcionales presuponen siempre una ley general ó el derecho común frente á la materia á la cual ellas se refieren. Ahora bien; debe considerarse como regla general que estas leyes no deben extenderse á otros casos más que á los que las aplica el legislador, doctrina que se halla formalmente establecida en el mismo Derecho romano, el cual prohibía la extensión de toda disposición contraria al derecho común. *Quod contra rationem juris receptum est non est producen-*

---

(1) Los romanos lo definieron de esta manera: *Jus singulare est quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est.* L. 16, *Dig.*, *De legibus*.

(2) L. 14, *Dig.*, *De legibus*.

(3) Según Savigny, la expresión más frecuentemente empleada entre los romanos para designar al *jus singulare*, era la de *privilegium*. Allí existían privilegios de los militares para hacer testamento (L. 15, *Dig. De vulg. et pup. sub.*, 28, 6); privilegios de diferentes personas para la exención de la tutela (L. 30, § 2.º, *Dig. De excus.*, 27, 1). La palabra *privilegium* era además la empleada por modo frecuentísimo para indicar el favor concedido á algunos acreedores en el concurso; como, por ejemplo, el fisco, los pupilos, las obligaciones dotales, etc., es decir, á aquellos acreedores en favor de los cuales se estableció más tarde una hipoteca tácita. En todos estos casos, el *privilegium* tenía el mismo significado que el *jus singulare*. *Sistema del Derecho romano*, vol. 1.º, § 16.

dum ad consequentias (1). *Quæ propter necessitatem recepta sunt, non debent in argumentum trahi* (2).

Las leyes excepcionales son siempre derogatorias, y como éstas tienden á cambiar el derecho común, no pueden ser extendidas más que á los casos y al tiempo á que expresamente se refieren, pues todo otro caso debe considerarse regido por la ley general. Pero debemos advertir que no toda ley derogatoria ha de ser considerada como ley excepcional. Toda ley que causa alguna alteración en el derecho anterior, sin cambiarlo totalmente, es una ley derogatoria. Mas si la derogación se verifica de tal manera, que la parte del derecho antigüo que la ley derogatoria deja en pie no es sino una excepción, en tal caso la ley nueva, aunque derogatoria, constituye el derecho común y la ley general; y la parte del derecho antiguo que ha quedado en vigor constituye la excepción. De donde resulta que el carácter propio de la ley excepcional es el de ser derogatoria de la ley general y del derecho común. Este carácter no puede, en verdad, atribuirse á todas las leyes especiales que regulan ciertas materias por razones de necesidad pública; sino que es propio tan sólo de aquellas leyes que establecen ciertas normas que modifican la ley general destinada á regular las relaciones jurídicas, á las cuales se refiere la disposición excepcional. Así, no puede decirse con carácter de máxima que una ley financiera sea una ley excepcional, pero sí debe ser considerada como excepcional aquella que contenga una excepción á la prohibición de las sustituciones fideicomisarias.

54. Una ley especial puede también ser considerada en un cierto respecto como ley excepcional; así, cuando considerada en su conjunto modifica la ley establecida para la generalidad de los casos ó de las personas, debe ser tenida como contraria al derecho común. Tal puede decirse, por ejemplo, del dere-

---

(1) L. 14, *Dig.*, *De legibus.*

(2) L. 152, *Dig.*, *De reg. juris.*

cho militar, el cual, en todo aquello que hace referencia al ejército y á la marina, constituye en su conjunto un cuerpo de leyes, propio y separado, esencialmente distinto del derecho común aplicable á los que no son militares. En tal sentido puede ser considerado como un derecho excepcional, ora por parte de la materia que regula, ora por parte de las personas sujetas al mismo, y por consiguiente, no extensivo á más casos que los previstos por el legislador, en vista de las exigencias y de los intereses militares. Lo propio puede decirse de las leyes administrativas que circunscriben el imperio y la fuerza obligatoria de las leyes civiles: como son siempre motivadas por razones de interés público, no puede decirse que sean en realidad leyes excepcionales, sino que deben ser consideradas como leyes especiales que forman parte del derecho públicó ó del derecho político. Y cuando las leyes restringen el libre ejercicio de los derechos que corresponden á los ciudadanos, deben también ser interpretadas en sentido restrictivo, pero sólo en virtud de la regla establecida por el legislador relativa á las leyes que restringen el libre ejercicio de los derechos, y no porque dichas leyes puedan ser consideradas como excepcionales.

55. Todas las leyes que restringen el libre ejercicio de los derechos de los ciudadanos, deben, efectivamente, ser interpretadas de un modo restrictivo. En esta materia hay que considerar como regla que la libertad civil que corresponde al hombre, según el derecho natural y el derecho político, no puede presumirse restringida sino por expresa disposición de la ley; y como la regla general es la del pleno goce de la libertad civil por todo ciudadano garantido por la ley misma, cuando el legislador, por razones de utilidad pública y social, limite y restrinja esta libertad, la restricción establecida por el mismo no puede extenderse á otros casos ni á otros tiempos más que á los indicados en la disposición.

Nos parece oportuno determinar con precisión el carácter de las leyes que deben considerarse como restrictivas.

Creemos que no pueden considerarse como tales las leyes que imponen una carga á los ciudadanos, sino aquellas otras que restringen el libre ejercicio de los derechos concedidos á éstos en virtud de los principios sancionados por otras leyes. Por consecuencia, no se puede establecer como máxima la de que las leyes que hacen referencia á los impuestos hayan de considerarse como restrictivas, puesto que siendo un derecho legítimo del poder público el de llamar á todos los ciudadanos indistintamente para que contribuyan al sostenimiento de las cargas del Estado en proporción de su haber y riqueza, y siendo una obligación jurídica por parte de los mismos ciudadanos la de someterse á las leyes emanadas de los poderes supremos del Estado que establecen los impuestos, es evidente que dichas leyes, en vez de restringir el libre ejercicio de los derechos correspondientes á los ciudadanos, lo regulan.

De donde resulta que, al hacer aplicación de las referidas leyes, hay que atenerse á las reglas establecidas acerca de la interpretación en general, y no á aquellas otras que deben regular la aplicación de las leyes restrictivas. Pueden, sí, aplicarse á estas últimas leyes las reglas de la interpretación restrictiva, pero solamente en cuanto imponen penas ó restringen, por razones fiscales, el libre ejercicio de los derechos que corresponden á los ciudadanos; nunca en cuanto comprenden á determinados grupos de personas ó de actos, sometiéndolos al impuesto.

Hay que advertir, no obstante, que al hacer aplicación de las leyes relativas á impuestos, no puede por menos de tenerse en cuenta que dichas leyes llevan siempre aneja una carga, y que, por lo tanto, no pueden jamás extenderse por analogía de un caso á otro caso. El Tribunal de Casación de Roma, el cual, al hacer aplicación de las leyes sobre impuestos, ha desconocido y desnaturalizado su misión, hasta el punto de creerse llamado á proteger y favorecer los intereses del fisco, ha establecido la máxima de que, áun por lo que toca á estas leyes, puede por analogía extenderse el precepto de las mismas, en

virtud de la regla sentada en el art. 3.º del Código civil (1).

Esta teoría nos parece insostenible. El principio de analogía es ciertamente aplicable á todas las leyes que, en armonía con su naturaleza y con su carácter, son susceptibles de poderse aplicar á ciertos casos no comprendidos en la disposición legal. Pero á nosotros nos parece evidente que las cargas no pueden, por regla general, considerarse establecidas fuera de los casos expresamente determinados por la ley; por cuya razón, el Magistrado no puede, sino cometiendo una arbitrariedad, extender por analogía las disposiciones de una ley sobre hacienda ó sobre impuestos, aun cuando tratara de justificar semejante extensión fundándose en motivos de interés público.

56. Por lo que hace á las leyes penales, es precepto generalmente consagrado el de que no puedan aplicarse á más casos ni á otros tiempos que á los que las mismas declaren expresamente. Por lo que sería una violación manifiesta de dicho precepto el extender por analogía una ley penal, aun cuando tal extensión fuese hecha con el propósito de hallar un motivo en que fundarse para condenar á un reo. En el Derecho romano encontramos la misma regla: *odia restringenda, favorabilia amplianda* (2). *In pœnalibus causis benignius interpretandum est* (3).

En la jurisprudencia se halla confirmada plena y seguramente la máxima de que en las materias penales está absolutamente prohibida la interpretación extensiva, aunque pretenda fundarse en argumentos de analogía (4). El Tribunal de

---

(1) Cas. de Roma, 30 de Junio 1876; Krumm y C. contro Finanza, *Monitor de los Tribunales*, 1876, 776.

(2) L. 19, *Dig.*, *De lib. et posth.*

(3) L. 155, § 2.º, *Dig.*, *De reg. juris.*

(4) Cas. de Florencia, 10 de Febrero, de 1869; Mattei y otros (*Anales de jur.*, 3, 1, 18); Cas. de Turín, 22 de Diciembre, de 1869, Marcone, Bettini, 21, 1, 929; 10 de Abril, de 1867, de Quiros; Cas. de Florencia, 27 de Marzo, de 1871; Turchi (*Anales*, 5.º, 1, 130).

Casación de Florencia ha resuelto que no puede permitirse extender la disposición de la ley penal al caso no comprendido expresamente en la misma, aun suponiendo que la razón para esta extensión fuese evidente y clara; es más, aun cuando dicha razón fuese más evidente respecto del caso no comprendido en la ley que respecto del caso comprendido (1).

La extensión se ha admitido solamente en lo que toca á las disposiciones favorables, y el Tribunal de Casación de Turín ha sentado que no está prohibido extender una disposición favorable de la ley penal á fin de resolver si el hecho imputado constituye ó no delito, siempre que el principio que haya motivado esta disposición sea el mismo (2).

Estos principios deben aplicarse á todas las leyes referentes á materia odiosa, como son aquellas que conminan con la pérdida de un derecho, tocante á las cuales es preciso considerar como máxima que no es lícito crear una razón que haga que una persona pierda un derecho, cuando ésta pérdida no esté expresamente sancionada por la ley (3).

§ 3.°

Derecho comparado.

57. Utilidad de la confrontación de las leyes.—58. De qué manera este medio ha servido para la interpretación ideológica.—59. Dicho medio tiende á interpretar la ley valiéndose de la ley.—60. Principios que deben regular su actuación.

57. Hemos dicho más atrás que para determinar el contenido de la disposición legislativa en su realidad, puede ser muy útil el estudio de cada una de las leyes en todas sus partes, con-

---

(1) Cas. de Florencia, 27 de Marzo, de 1874; Tozzi (*Anales*, 8.°, 1, 284).

(2) Cas. de Turín, 13 de Julio, de 1870; Lombardi (*Gaceta genovesa*, 22, 2, 264).

(3) Cas. de Florencia, 18 de Diciembre, de 1871, Colzi, (*Anales*, 5.°, 1. 140).

frontándolas con su motivo propio, y hemos expuesto la manera cómo puede explicarse la parte imperfecta en relación con las demás partes, indagando y estudiando la conexión interna de la ley misma. Ahora debemos averiguar la manera con que puede ser eliminado y corregido el defecto de una disposición mediante la comparación de la ley indeterminada é incompleta con las leyes que regulan la institución jurídica á que dicha disposición se refiere.

Este procedimiento puede resultar conveniente y oportuno siempre que al aplicar la disposición á un caso determinado sobre el que exista duda, la regla jurídica ofrezca una aparente contradicción con cualquiera otra contenida en una ley distinta relativa á la misma institución; ó bien cuando la disposición sea incompleta y presente una laguna. La interpretación debe servir en este caso para adquirir la inteligencia segura y completa del contenido de la ley, confrontando la disposición defectuosa, incompleta é indeterminada con las demás partes de la misma legislación. Y como esta forma de interpretación se propone establecer el contenido del precepto completando el pensamiento del legislador, que es indeterminado, debe ser considerada como una parte de la interpretación ideológica.

El principio que ha de servir de guía al intérprete en estos casos será el siguiente: debe siempre presumirse que todas las leyes que regulan una institución jurídica tienen el carácter de unidad y son además completas; por cuya razón, se deben confrontar entre sí las distintas leyes, para atender y reparar la indeterminación y la inexactitud de las unas con la determinación de las otras, y evitar de este modo la contradicción entre las diferentes partes de una misma legislación. Pues, en efecto, no pudiéndose suponer que haya podido faltar la unidad de pensamiento en la mente del legislador, resulta que la confrontación de unas leyes con otras tiene una importancia especial para explicar la ley por medio de la ley, puesto que tiende á establecer en la legislación la unidad que aparen-

tamente falta, eliminando las contradicciones y colmando las lagunas que en una ley determinada se manifiesten.

58. Este procedimiento no rebasa el círculo dentro del cual debe moverse la interpretación ideológica, puesto que se propone como fin determinar la regla positiva y concreta del derecho positivo, completando su expresión mediante el paralelo con otras partes de la misma legislación. En sustancia, se trata, no ya de construir una nueva regla de derecho, sino de integrar la regla de derecho ya existente, tomando los elementos para integrarla de las demás partes de la legislación, y fundándose sobre el principio de que la unidad del pensamiento legislativo debe considerarse como la condición normal de cualquier sistema de legislación positiva.

La integración del derecho existente por medio del procedimiento que se acaba de indicar, es, á juicio de la mayoría de los juristas, una de las formas de la interpretación lógica, la cual confunden algunos de ellos con la interpretación analógica. Nosotros hemos dicho varias veces que el intérprete debe servirse de la lógica para adquirir el verdadero conocimiento de la ley, y en el caso que estamos examinando, creemos que no puede llegarse á determinar la regla jurídica sino por medio de argumentos lógicos. Pero como, según nuestra opinión, la interpretación lógica es una forma de interpretación excepcional (y ya veremos cuando podrá emplearse), creemos que debe distinguirse una cosa de la otra, y no confundir la interpretación sistemática, que tiene su fundamento en la comparación de las leyes particulares, con aquella otra que puede tener lugar cuando ante el Juez que debe dictar sentencia se presente una relación jurídica no conocida hasta el momento actual, y que no tenga una afinidad muy estrecha con las demás relaciones reguladas por el derecho positivo. En este caso, como falta por completo una regla jurídica, el Juez debe hacer uso de la lógica para construirla. Pero como dicho Juez debe considerar como una máxima que el derecho positivo, mirado en su conjunto, tiene en si mismo su fuerza orgánica, y al cons-

truir la regla jurídica aplicable á la nueva relación (la cual no ha de poder referirse á ninguno de los tipos de instituciones jurídicas reguladas por el derecho positivo existente), debe tener en cuenta ante todo los principios jurídicos más afines, esto es, aquellos que tengan mayor analogía con la nueva relación jurídica, resulta que, en el caso especial de que se trata, la interpretación lógica se apoya precisamente en la analogía.

Por el contrario, la interpretación que tiene por objeto fijar el verdadero concepto jurídico de una regla determinada de derecho positivo y poner en armonía las partes aparentemente contradictorias, ó se propone llenar una laguna para de esta manera poder aplicar la disposición á las relaciones que tienen una afinidad grande con las comprendidas por el legislador, es una de las formas de la interpretación ideológica, puesto que tiende realmente á integrar una parte incompleta del derecho existente por medio de la comparación entre las diferentes partes del derecho mismo. En suma, se trata siempre de hallar la relación entre una determinada regla de derecho positivo y un caso que no sea propio y explícitamente comprendido por el legislador, pero que, sin embargo, después de colmar la laguna de la disposición y de completar el pensamiento incompleto, puede muy bien suponerse que ha sido comprendido.

59. Hemos dicho varias veces que el medio más seguro de interpretación y el que, sin duda alguna, debe preferirse á todos los demás, es el de interpretar la ley con la ley. Por consecuencia, debe siempre procurarse colmar las lagunas de la ley mediante la comparación del texto con las demás disposiciones legales relativas á la misma materia ó á materias afines, y siempre que por estos medios pueda llegarse á encontrar la regla jurídica en el derecho existente, explicando una ley defectuosa é incompleta que sea aplicable al caso en cuestión, no debe echarse mano de la interpretación lógica.

60. Los principios expuestos pueden aplicarse con mayor seguridad á la interpretación de las disposiciones legislativas promulgadas en la misma época, pero pueden también servir

en los casos dudosos para interpretar las leyes pasadas y para deducir de las leyes abrrogadas los criterios adecuados para explicar la ley nueva, en el supuesto de que aquéllos y ésta sean conciliables. En todo caso puede hacerse la legítima suposición de que el legislador ha tenido presentes las leyes antiguas, y que éstas han constituído una parte importante de su pensamiento. *Non est novum, ut priores leges ad posteriores trahantur. Ideo, quia antiquiores leges ad posteriores, trahi usitatum est: et semper quasi hoc legibus inesse credi oportet, ut ad eas quoque personas, et ad eas res pertinerent, quæ quandoque similes erunt* (1).

---

(1) L. 26, 27, *Dig.*, *De legibus.*—Vease Cas. de Nápoles, 19 de Enero de 1878; Ragone, *Jurisprudencia italiana*, XXI, 1, 125.—Cas. de Palermo, 15 de Febrero de 1876, *Círculo jurídico*, 7, 187.

CAPÍTULO III

De la interpretación lógica.

61. Concepto de la interpretación lógica.—62. Se explica la diferencia entre el sistema que nosotros seguimos y el que siguen los demás—63. Por qué es indispensable determinar el campo de la interpretación lógica.—64. Regla establecida por los legisladores.—65. De la analogía. Cuándo debe emplearse.—66. Cuáles son los principios generales del Derecho á que debe acudir el Juez.—67. Importancia de las costumbres en el derecho moderno. Requisitos de la misma.

61. La interpretación lógica, dentro del orden de ideas que hasta aquí hemos seguido, es una forma excepcional de procedimiento, el cual puede ser empleado únicamente cuando, por medio del proceso lógico normal encaminado á esclarecer, á determinar y á completar el derecho existente ilustrando el contenido de la disposición con el elemento histórico, con el motivo de la ley; con la comparación de las diferentes partes de la ley misma y de las diversas leyes relativas á materias afines, no se haya podido llegar á someter la relación jurídica que se controvierte á ninguna de las reglas positivas del derecho existente.

En una palabra: cuando el intérprete, á pesar de servirse de todos los medios á que debe recurrir para determinar el pensamiento y la *voluntas legislatoris*, no haya conseguido establecer la relación entre la *regula juris* y el caso en cuestión, entonces, y solamente entonces, es cuando puede apelar á la interpretación lógica.

62. El sistema que nosotros hemos seguido es, bajo este

punto de vista, distinto del de los demás escritores; supuesto que hemos creído que debíamos considerar á la interpretación lógica como un procedimiento excepcional y como una forma de interpretación enteramente especial, en tanto que la mayoría de los escritores admite solamente dos formas de interpretación, á saber: la gramatical y la lógica. Nosotros hemos considerado como indispensable el diferenciar una cosa de otra, á fin de precisar las funciones del intérprete y evitar la confusión en esta materia, y hemos creído oportuno modificar la nomenclatura abandonando el sistema que generalmente se sigue de designar con el nombre de interpretacion lógica aquella que se propone esclarecer, determinar y completar el contenido de la ley. Por el contrario, los demás escritores han incluído en el campo propio de la interpretación lógica la facultad que ellos atribuyen al Juez de referirse á aquello que la ley no contiene, pero que debía contener, remontándose al motivo y á la voluntad presunta del legislador, al intento de corregir, no sólo la apariencia exterior de la ley, sino también el verdadero contenido de la misma. Incluyen asimismo en esta forma de interpretación la facultad concedida al Juez de modificar el precepto legal mediante la analogía; esto es, completando, extendiendo ó restringiendo el alcance de la autoridad de la ley por medio de la interpretación extensiva y restrictiva. De esta manera se ha falseado la función del intérprete, confiriéndole y permitiéndole no pocas libertades, y una facultad que realmente no le corresponde: la facultad de reformar el derecho existente.

A favorecer este ilegítimo modo de emplear la lógica en la interpretación, ha contribuído el ejemplo de los jurisconsultos romanos, los cuales se sirvieron de dicho medio con mucha amplitud. Pero los escritores de que se trata no han considerado que el ejemplo de aquellos jurisconsultos no puede aducirse para justificar la grandísima extensión que ellos querrían dar á la lógica en la interpretación, puesto que en el sistema del Derecho romano se encontraban los jurisconsultos en

una situación muy especial que les permitía ejercer un influjo directo sobre la formación y sobre la reforma del derecho, situación en que no se hallan los intérpretes modernos, sean escritores, sean Jueces, á los cuales no puede concederse las facultades dichas en relación con el derecho positivo.

Como, según nuestra manera de ver, el intérprete debe siempre emplear el procedimiento lógico para conocer el contenido del derecho positivo existente, hemos expuesto en los precedentes capítulos las limitaciones con que debe ejercer dicha operación intelectiva para adquirir el conocimiento más verdadero y exacto que sea posible de este derecho; pero sin la facultad de modificarlo, corregirlo ó transformarlo. Este es el procedimiento *normal*, en el cual no debe ser empleada la lógica como uno de los factores que contribuyen á la elaboración y transformación del derecho existente.

Pero cuando por medio del proceso lógico normal no se consiga fijar la regla de derecho positivo y se haga indispensable construirla para resolver con arreglo á ella acerca de la relación jurídica en litigio, entonces, pero sólo entonces, podrá echarse mano de la lógica y hacer uso de ella como uno de los factores que contribuyen á la elaboración y creación del derecho. Este es el proceso lógico *excepcional*, la operación intelectiva *sui géneris* que en nuestro sistema constituye la interpretación lógica.

63. Consideramos que tiene una utilidad grandisima el determinar clara y perfectamente el círculo de la interpretación lógica verdadera y propia en el derecho moderno, porque abrigamos la firme convicción de que tiene muchísimo interés para bien separar y diferenciar las dos funciones, sustancialmente distintas una de otra, de que hemos hablado, la aplicación de la ley, la función de juzgar y de dictar sentencia con arreglo ó aquélla, y la función de hacer la ley, de corregir y transformar el derecho existente. En condiciones normales, la primera de dichas funciones no corresponde más que al Juez, y la segunda al legislador. Pero en circunstancias excepciona-

les, esto es, cuando no haya regla de derecho, por lo mismo que el Juez no puede negarse jamás á dar su decisión acerca de la relación jurídica que se somete á su fallo, puede consentírsele que construya la regla que hace falta haciendo uso del procedimiento lógico.

64. Determinado de esta suerte el campo propio de la interpretación lógica, pasemos á investigar la manera cómo debe proceder el Juez para construir la regla de derecho que necesita.

La norma establecida por el legislador italiano para este caso, se halla formulada en el art. 3.° de las disposiciones generales, y dice así: «Cuando una contienda no pueda resolverse con arreglo á una disposición legal determinada, se acudirá á las disposiciones que regulan casos semejantes ó materias análogas. Si, no obstante esto, continuara siendo dudoso el caso, se resolverá con arreglo á los principios generales del derecho.»

La regla dada por el legislador español acerca del mismo particular, está formulada en el art. 6.° del Código civil, de la manera siguiente: «Cuando no haya ley exactamente aplicable al punto controvertido, se aplicará la costumbre del lugar, y en su defecto, los principios generales del derecho.»

No se encuentra en el Código español la misma regla que en el italiano, el cual impone al Juez la obligación de atenerse á las disposiciones que regulan casos semejantes ó materias análogas, cuando no encuentre una disposición precisa de la ley, con arreglo á la cual pueda resolver el caso controvertido; sin embargo, debe considerarse obligatoria la misma regla también en España, en primer lugar, porque deriva de los principios generales acerca de la interpretación de las leyes, y en segundo lugar, porque cuando el Juez no encuentra una regla de derecho cierta y precisa aplicable al punto que se controvierte, pero encuentra otra cierta y precisa aplicable á un caso semejante á aquel que se discute, la razón y la misma naturaleza de las cosas exige que se dé la preferencia á la re-

solución *secundum argumentum legis*, y que el Juez se refiera á los principios del derecho establecido por el legislador para regular el caso semejante, á fin de resolver, en conformidad con aquéllos, el hecho que no está comprendido en la disposición legal, pero que, á causa de la semejanza en la decisión, debe considerarse sujeto á la misma regla.

65. La analogía no puede, por consiguiente, considerarse como perfectamente comprendida en la interpretación extensiva, puesto que ésta, en atención á la identidad del motivo, amplía el alcance y aplicación del precepto legal al caso que no puede considerarse comprendido expresamente en éste, pero que sí puede considerarse comprendido de un modo implícito, como consecuencia de la identidad en el motivo de la ley.

El intérprete debe recurrir á la analogía cuando falte el precepto de derecho positivo, y cuando, ni aun haciendo uso de la interpretación extensiva, pueda lograrse incluir el caso controvertido entre los que ha regulado el legislador. En semejante hipótesis, debiendo el Juez, mediante la interpretación lógica, encontrar la regla de derecho aplicable al hecho de que se trate, es razonable y conforme á la naturaleza de las cosas que, cuando pueda formular dicha regla de derecho *secundum argumentum legis*, deba recurrir á este medio más bien que á los principios generales del derecho no codificado.

66. La mayor dificultad en la materia que nos ocupa nace en la hipótesis de no encontrar en la ley escrita precepto alguno para decidir el punto dudoso, y de no poderlo tampoco formar, refiriéndose á las reglas del derecho establecido por el legislador para casos análogos. En estas circunstancias, como el Juez no puede negarse á resolver la contienda so pretexto del silencio de la ley, corresponde al mismo determinar la regla que ha de aplicarse, recurriendo á los principios generales del derecho. Lo difícil es determinar cuáles son los principios generales del derecho á que el Juez debe acudir para formar la regla con que ha de resolver.

El legislador austriaco establece él mismo la norma para

librarse de esta dificultad. Al efecto, dispone que, cuando no pueda resolverse el punto y sea dudosa la ley que le es aplicable, el Juez debe decidir según los principios del derecho natural, habida consideración á las circunstancias todas diligentemente examinadas y naturalmente ponderadas. El legislador italiano y el legislador español se han expresado acerca del asunto de un modo general, disponiendo que, cuando no haya ley aplicable, los Jueces deben resolver *según los principios generales del derecho;* pudiendo originarse la duda de si estos principios generales del derecho deben ser los del *derecho natural*, ó los del *derecho común*, ó los de la *equidad.*

Cuando se discutió el proyecto del Código civil italiano se hicieron varias observaciones acerca de la fórmula propuesta, y que luego estableció el art. 3.º, con las mismas expresiones que ha empleado el legislador español.

En el proyecto del Código albertino, del cual se tomó la disposición consignada en el vigente Código italiano, se hallaba indicado el *derecho natural* como la fuente de que debía el Juez tomar la regla, con arreglo á la cual debía resolver; pero luego se excluyó dicha expresión, porque el derecho natural no siempre puede ser definido de una manera exacta. También se prescindió en el Código italiano del precepto que imponía al Juez la obligación de tener en cuenta los principios de la *equidad* por la necesidad de eliminar el peligro que había de venir á una interpretación vaga y arbitraria. Asimismo se excluyó la proposición de indicar como principios generales los del *derecho común*, por la consideración de que podía entenderse que por derecho común se quería indicar el Derecho romano. Por todo lo cual, se adoptó la expresión *según los principios generales del derecho*, por entender que de esta manera se mandaba al Juez referirse á los principios generales del derecho, que deben ser considerados como los más propios para resolver el punto controvertido en armonía con las contingencias de lugar y de tiempo, y en consideración á las circunstancias particulares del hecho en cuestión.

Nosotros creemos que, aun en el caso en que falte del todo la disposición legal, no puede ser permitido al Juez construirla según su albedrío, encomendándose á su propio raciocinio, como si fuese un legislador; sino que, si bien es cierto que le corresponde el derecho de construirla, debe al hacerlo tener en cuenta el derecho existente y vivo, esto es, el derecho que, en las circunstancias sociales especiales del pueblo de que se trate, regula las relaciones de la vida privada. Por consiguiente, debe ante todo buscar los principios del derecho en el sistema jurídico del derecho vigente, el cual, considerado en su conjunto, no carece jamás de la fuerza orgánica necesaria para regular en principio todas las relaciones de la vida civil, incluso aquéllas que no tuvo presentes el legislador.

Conviene, pues, que tenga presente la tradición jurídica, en cuanto que toda ley, considerada en su íntimo desarrollo, contiene los gérmenes necesarios para regular toda la vida de un pueblo, y que persiga el movimiento incesante que se verifica en el desenvolvimiento de las relaciones mismas.

Debe, por último, referirse á los principios generales del derecho que viven en la conciencia común del pueblo y que fijan y formulan después los juristas, los cuales, interpretando las necesidades de la vida real, elaboran las reglas correspondientes á las nuevas y continuas relaciones que son el resultado del movimiento incesante y de las varias formas de la actividad humana. Estas reglas formuladas por los juristas deben ser consideradas como la expresión del pensamiento jurídico de cada época, y tendrán tanta más autoridad cuanto más concorde sea la opinión de los reputados juristas que las defiendan.

Resulta, como consecuencia de todo lo dicho, que el Magistrado, aun en el caso en que deba recurrir á la interpretación lógica propiamente dicha para construir la regla de derecho, no puede entregarse en brazos de la lógica arbitraria, sino que debe considerarse obligado á hacer uso de la lógica para deducir dicha regla del derecho vivo y existente.

A propósito de los principios generales del derecho á que alude el legislador, ha dicho con fundamento el Tribunal de Casación de Palermo: «Sin duda alguna, el legislador ha entendido referirse á aquéllos que derivan de las leyes dictadas por él mismo, puesto que sería cosa verdaderamente extraña entender que puedan invocarse principios de ley que no tienen autoridad alguna entre nosotros. Las leyes romanas se han conservado como un monumento de sabiduría que debe consultarse para la buena inteligencia de las disposiciones del Código vigente, en cuyo caso no tienen más valor que el de razones escritas; pero no podrá, seguramente, decirse que tengan fuerza de ley, de tal manera, que si no se aplican pueda decirse que han sido violadas» (1).

Efectivamente; el Derecho romano puede ser una fuente de sabiduría jurídica, especialmente allí donde establece ciertos principios generales de derecho. Así, por ejemplo, el Tribunal de Casación de Francia ha considerado que aun la prueba de un hecho puro y simple debe estar á cargo de quien lo afirma, fundándose sobre el principio general formulado por el Derecho romano, de que *incumbit probatio ei qui dicit*, *non ei qui negat* (2).

67. Por lo que á la costumbre hace referencia, los Magistrados deben servirse de ella, por regla general, siempre que así lo haya dispuesto el legislador.

En la legislación italiana y en la legislación francesa no faltan ejemplos, en los cuales el legislador impone la obligación de atenerse á la costumbre. En el Código de Comercio italiano, art. 1.°, se dispone, que en materia de comercio, cuando sobre un asunto no digan nada las leyes mercantiles, se observen los usos comerciales. En el Código civil italiano, el legislador preceptúa la observancia de las costumbres en diferentes casos: por ejemplo, en materia de usufructo, en materia de contratos, de pactos ambiguos, etc. El legislador español preceptúa la ob-

---

(1) Sentencia de 21 de Junio de 1873; *Anales de jurisprudencia*, VII, 1.°, 464.
(2) Casación francesa, 18 de Abril de 1838 (Desailles).

servancia de la costumbre del lugar como regla supletoria del derecho escrito, siguiendo en esto la tradición romana, á saber: que la costumbre puede tener autoridad de ley en el solo caso en que falte la disposición legislativa, aplicable exactamente al punto controvertido. Por lo tanto, debe considerarse como máxima que el Juez puede referirse á la costumbre, pero con la limitación establecida por el Emperador Constantino, esto es, que *consuetudines non vilis auctoritas est, verum non usque adeo ut rationem vincat aut legem.*

En general, conviene admitir, con respecto á la costumbre, que ésta puede tener la misma autoridad que la ley escrita solamente cuando el legislador haya impuesto al Juez la obligación de tenerla en cuenta. Por consiguiente, en el sistema del Código civil italiano, el Juez no puede referirse á la costumbre en las contiendas sobre materia civil más que en los casos en que el legislador exige su observancia, mientras que sí puede referirse á ella en las materias mercantiles, porque tocante á éstas dispone el legislador que los usos comerciales suplan á la ley escrita, é impone al Juez la obligación de atenerse con preferencia á los usos locales ó especiales á falta de ley escrita, y á falta de usos locales, á los usos mercantiles.

En los casos en que deba admitirse la autoridad de una costumbre, corresponde al Juez examinar si puede considerarse como legítima y legítimamente establecida.

Los requisitos que debe tener, según la opinión general de los autores, son:

1.° Que la práctica ó el modo de obrar de que proceda la costumbre, sean en la opinión común el resultado de una necesidad jurídica, es decir, que la costumbre sea reconocida, por consentimiento de todos, como regla legalmente obligatoria de todo negocio jurídico. Por tanto, no bastaría que fuese observada como una regla facultativa.

2.° Es, además, preciso que los hechos que se invoquen para fundamentar y legitimar su existencia sean múltiples y uniformes; que hayan sido observados por la generalidad de

los habitantes durante un largo espacio de tiempo; que lo hayan sido públicamente, sin desaprobación expresa ó tácita del legislador; y que no sean contrarios al bien público ni á las buenas costumbres.

La resolución de si la costumbre ó el uso tienen los requisitos que la ley exige, es una cosa que depende por completo del prudente arbitrio del Juez, al cual compete reconocer y declarar si existe un uso ó una costumbre sobre determinado punto de derecho, y determinar cuál sea la regla jurídica admitida por el uso.

*
* *

El estudio que acabamos de hacer á fin de determinar la autoridad de las leyes y su recta aplicación, solamente puede servir para poner en evidencia la grandísima importancia de esta materia y las muchas y graves dificultades que se encuentran al resolver las múltiples cuestiones que á ella se refieren.

La libertad civil en todo Estado bien constituído debe consistir en el poder jurídico de obrar sin obstáculos dentro del círculo del propio derecho. La norma reguladora de dicha libertad y sus justas limitaciones, deben encontrarse únicamente en la ley. La tutela de toda libertad civil se encuentra en manos de los Magistrados, á los cuales corresponde la decisión de toda contienda, dictando sentencia con arreglo á la ley; para lo cual es preciso que tengan siempre presente la sentencia de Teodosio, que se resume de esta manera: *Lex est id quod lex voluit* (1), y la de Justiniano *et quidem in primis illud observare debet judex, ne aliter judicet, quam legibus, aut constitutionibus, aut moribus proditum est* (2).



(1) *Cod. rep. præ.*, L. 5, *De legibus et constitutionibus*, libro 1.°, tít. 14.
(2) *Institutionum, De officio judicii*, libro 4.°, tít. 17, princ.

INDICE

SECCION SEGUNDA

SECCION TERCERA

DE LA RETROACTIVIDAD É IRRETROACTIVIDAD DE LAS LEYES DE PROCEDIMIENTO EN LOS JUICIOS CIVILES

SECCION CUARTA

SECCION QUINTA

SOBRE LA APLICACIÓN É INTERPRETACIÓN DE LAS LEYES

FIN DEL ÍNDICE